ا مهورية ا زائرية الد قراطية الشعبية

وزارة التعليم العا و البحث العلمي

جامعة ا زائر

كلية العلـوم الإسـلامية

غاية العقوبة في الشـريعة الإسلامـية و الـقانون الـوضعي

ث لنيل شهادة ا اجستـ فـي العلوم الإسلامية (فرع : أصول الفقه)

من إعداد الطالب : **ت إشراف الأستاذ**

بن عقون الشريف **الدكتور:كمال بوزيدي**

أعضاء نة ا ناقشة و ا كم

الدكتور / **عبد ا سليمان** ....رئيسا

الدكتور / **كمال بوزيدي** ....مقررا

الدكتور / **عبد القادر بن عزوز** ....عضوا

الأستاذ /**عبد الوهاب مساعيد** ....عضوا

سنـ ـ ـة ا ناقشة : 1425هـ 2005 م

شـــــــــــــكــر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من قدم لي يد المساعدة في إنجاز هذا البحث العلمي المتواضع، وأخص بالذكر الدكتور جوابي محمد الطاهر أستاذ بجامعة الزيتونة "تونس" الذي مكنني من الإطلاع على البحوث العلمية المقدمة في جامعة الزيتونة وكذلك أمهات الكتب والمخطوطات المقدمة في شتى المواضيع عموما التي لها علاقة بموضوع رسالتي مما مكنني من معالجة بعض الجوانب الجزئية من موضوع رسالتي الحالية كما أشكر الدكتور محمد حسين مقبول المشرف الأول لهذا الموضوع والذي خصني ببعض وقته وحتى بمكتبته الخاصة في بيته الكريم نظرا لكثرة المواضيع المشرف عليها شخصيا إضافة إلى رسالته العلمية و أشكر أيضا الدكتور كمال بوزيدي المشرف الثاني بعد غياب الأول خارج الوطن والذي قدم لي المساعدة الكاملة في كل ماهو مطلوب في الشكل و الموضوع خاصة الجانب الشكلي و مساهمته الفعالة في إخراج هذا البحث

الإهـــــــــــداء

إلــى التـي حافظـت علـي روحـا وراحـة ورأفـة خـلال صـغري وضـعفي ثـم رافقتنـي طـورا طـورا حتـى بلغـت سـن التمييز فعلمتني الصبر على المكاره بعد العـــزم والتوكـل علـى الله وبعـد بلـوغي أظلتنـي بـدعواتها الـصالحة إلـى يومنـا هذا والدتي.

إلـــــى روح والدي الذي شجعني على مواصلة طريق العلم وأرشــــــدني إلى الجهد في طلبه.

الى زوجتي و كل أبنائي الميامين عمدة المستقبل .

إلـى كل الزملاء، أساتذة وإداريين القائمين علـى أشـرف مـا فـى الكـون مـن مهمـة ألا وهـي مهمـة التعلـيم أهـدى هـذا البحث المتواضع.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

01- أهمية الموضوع و إشكاليته

الحمد رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان إلا عـلى الظالمين ، والصلاة والسلام عـلى من لا نبي بعده أرسـله ا بشيرا ونذيرا للعالمين ليهلك من هلك على بينة ويـحي مـن حـي على بينة وبعد:

لقد أصبح المجتمع الإنساني عامة والمجتمع الإسلامي خاصة حائرا فـي الظاهرة الإجرامية وما نتج عنها من اللاأمن والهلع والروع في شـتى بقـاع الأرض وخاصة الدول الغربية والمدن الكبرى في المجتمع الإسـلامي ولقـد ألف في هذا الموضوع مؤلفات كثيرة من حيث العدد لكن من حيـث النتـائج المتوصل إليها قليلة بالنسبة لأهمية الموضوع سواء من حيث أسباب الظاهرة أو طرق معالجتها مما جعلني أختار هذا الموضوع ليكون عنـوان رسـالتي للأهمية من جهة و لتحليل الإشكالية المطروحة حاليا في مـشارق الأرض و مغاربها ، و المتمثلة في حقيقة الإنحراف السائد في المجتمعات الإنـسانية و كثرة الجرائم العامة و الجريمة المنظمة و النتـائج الوخيمـة التـي ألمـت بالإنسانية من جراء هذا الإنحراف .

هل سبب ذلك يعود إلى فشل القوانين الوضعية في الردع العام أو يعـود إلى الظلم الإجتماعي المسلط على الطبقات الضعيفة من المجتع الإنساني فكان هذا هو الرد الطبيعي لرفض هذا الظلم بظلم مثله .

أو عدم صلاحية القوانين الوضعية أصلا ، لأنها وضعت من طرف أشخاص في هيآت تشريعية تتحكم فيهم النزوات المصلحية و الطائفية أكثر من جهلهم لحقيقة الإنحراف و أسبابه من جهة أخرى ، هذا من جانب القانون الوضعي عموما .

أما في المجتمعات الإسلامية خاصة فهل يعود سبب إرتفاع معدل الإجرام و الإنحراف إلى تطبيق القوانين المنقولة عن الدول الصليبية و التي تتعارض مع الأحكام الشرعية الدينية للمجتمع الإسلامي ، و منه إظهار حقيقة لا يمكن إخفاءها في هذا العصر بعد التجارب الميدانية لكثير من المجتمعات الإسلامية لقرابة قرن كامل من الزمن, أن أي مجتمع لا يسوده الأمن والإستقرار يبقى متأخرا في جميع المجالات الإقتصادية والسياسية والثقافية والحضارية, وما دام المجتمع الإسلامي يعيش في تخلف فكري وديني وسياسي بسبب تطبيق قوانين متناقضة مع مبادئ دينه وأصالته وأعرافه جملة وتفصيلا, فإنه لا يمكنه تحقيق الرقي حتى يستيقظ من غفلته ويعود إلى دينه الحنيف عودة هادئة بعد ما صقلته تجارب اتباع الغير والتي هي غير صالحة للإنسانية أصلا وليس للمسلم فقط, خاصة بعد معرفته لكنوز الشريعة الإسلامية وقديما قال أحد حكماء الإسلام وهو إبن القيم رحمه ا : ((فلولا القصاص لفسد العالم وأهلك الناس بعضهم بعضا ابتداء واستيفاء ، فكأن في القصاص دفعا لمفسدة التجرء على الدماء بالجناية والإستيفاء وقد قالت العرب في جاهليتها القتل أنفى للقتل بسفك الدماء تحقن الدماء فلم تغسل النجاسة بالنجاسة بل الجناية نجاسة والقصاص طهارة وإذا لم يكن لابد من موت القاتل.

ومن استحق القتل فموته بالسيف أنفع له في عاجلته وآجلته، والموت به أسرع الموتات وأوحاها وأقلها ألما، فموته فيه مصلحة له ولأولياء القتيل ولعموم الناس وجرى ذلك مجرى إتلاف الحيوان بذبحه لمصلحة الآدمي فإنه حسن، وإن كان في ذبحه اضرار بالحيوان فالمصالح المرتبة على ذبحه أضعاف مفسدة إتلافه)) (1).

و بناءا على ما سبق ذكره سنعمل على دراسة الموضوع من الناحية النظرية لظاهرة الإجرام و كيفية معالجته في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي الجزائري الحالي ، مبرزين الناحية التطبيقية لباب العقاب عامة و توضيح العقوبة المحددة في الشريعهة الإسلامية و القانون الوضعي مع التعمق في الجوانب التالية :

01 - دراسة نظرية لتعريف الظاهرة الإجرامية ومعالجتها في الشريعة الإسلامية وحصر النصوص وتوضيح مضمونها المتمثل في العقوبة المحددة لجريمة معينة لغرض إصلاح أفراد المجتمع وردع الغير حتى لا يحذوا حذوة المعاقِبين .

02 - دراسة علمية لباب العقاب عامة وتوضيح العقوبة المحددة بنص الحدود والجرائم المحرمة بنص دون تحديد العقوبة تاركة التحديد لولي الأمر وذوى الاختصاص لتحديدها حسب خطر الجريمة على الفرد والمجتمع .

---

(1) شمس الدين أبي عبد ا محمد ىبن أبي بكر المعروف بإسم إبن القيم الجوزية إعلام الموقعين عن رب العالمين ،راجعه وعلق عليه ،طه عبد اللرؤوف سعد ،دار الجيل ،بيروت ،لبنان ج 2 صفحة 122 .

03 - دراسـة غاية العقوبة في الشريعة الإسلامية والنتائج التي تحققت في ظل تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية قـديما وحديـثا وبيان ذلك بوضوح نظرا للتعتيم الذي سلط على المجتمع الإسلامي قرونا كاملة من طرف الدول الغربية الصليبية أثناء فترات الإحتلال ثـم الخطط الجهنمية التي طبقت بعناية على أساليب التعليم والتربية مما نتج عن ذلك رفض العودة لتطبيق أحكام الإسلام حتى من داخل الأوطان الإسلامية الممزقة فكرا وروحا وعلما .

04- دراسة نظرية العقاب في القوانين الوضعية الغربية المنقولة حرفيا في كثير من الدول العربية والإسلامية ومبادئ أسس هذه القوانين التي شرعت حسب أعراف مجتمعات وثنية وصليبية ومن أفراد ينتمون إلى طوائف مصلحية , لذلك وصلت مجتمعاتهم إلى حالة من الإنحراف الخلقي لم يسبق لها مثيل إلا في روايات مجتمعات ما قبل التاريخ مثال ذلك الزواج بين المثليين والذي أقر من طرف برلمانات عديدة كبريطانيا وغيرها .

2 - أهداف البحث

إن هذه الدراسات العلمية هي التي ستبين الحقائق للجاهلين بأحكام الشريعة الإسلامية عامة في العبادات والمعاملات وغيرها وخاصة في التشريع الجنائي الإسلامي أي الحدود والتعازير بسبب بعدهم عن الدين ومعرفة ذلك بالعادات المتناقلة أبا عن جد وكأنه عرف غير ملزم, خاصة وأنهم لم يتعلموا دينهم إلى حد هذا اليوم في شتى أطـ ـوار التعليم مما أدى إلى فساد عقائدهم وتصوراتهم وسلوكاتهم فأصـ ـبحوا

لا هم انسانيون يتصرفون باحترام مصالح بعضهم بعضا حسب ما يمليه عليهم الضمير الإنساني ولا هم مسلمون يتبعون حسب ما أمرهم به

خالقهم من الأوامر التي لا يعرفونها إلا ما يسمعون من إفتراءات العلمانيين المتطرفين الحاقدين على هذا الدين أو الملحدين اليساريين الغير معترفين بخالق الكون وجميع المخلوقات حتى أصبح البعض منهم يتهمون الإسلام بشتى التهم خاصة تهمة قساوة الحدود حسب رأيهم, ومنهم من وصل إلى وصف بعض الأحكام بالوحشية وقد سبق الجواب على هؤلاء ابن القيم رحمه ا في قوله : ((فكان من بعض حكمته سبحانه ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال، كالقتل والجراح والقذف والسرقة، فأحكم سبحانه وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجنايات غاية الإحكام وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر مع عدم المجاوزة لما يستحقه من الردع ، فلم يشرع في الكذب قطع اللسان ولا القتل، ولا في الزنا الخصاء، ولا في السرقة إعدام النفس، وإنما شرع ذلك لحكمته ورحمته ولطفه وإحسانه وعدله لتزول النوائب وتنقطع الأطماع، ويقتنع كل إنسان بما أتاه مالكه وخالقه فلا يطمع في سلب حق غيره)) (1).

لا شك أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان و مكان لما فيها من القواعد العامة التي تستنبط منها الأحكام الشرعية وفق المنهاج الأصولي الذي صار عليه الفقهاء قديما و حديثا و أن المذاهب الفقهية المختلفة سنية أو غيرسنية كلها إجتهادات شرعية لأجل الوصول إلى الحكم الفقهي المقصود من دليله، لكن المنهج المتبع لدى كل باحث أو مجتهد يختلف عن الآخر مما يزيد تعميقا و تنويعا للفقه الإسلامي و تعارض الأحكام مع بعضها ببعض حسب مشارب المجتهد .

----

(1) شمس الدين أبي عبد ا مرجع سابق صفحة 114 .

و لهذا فإن هذا البحث مهم من جوانب عديدة أهمها :

أ-جمع الآراء و الأحكام المبعثرة في الكتب القديمة و الحديثة جمعا كاملا ليسهل الإطلاع عليها .

ب-مناقشة هذه الآراء و تقديمها بما يثير الطريقة التي إستنبط الحكم الفقهي بها و مدى صحتها من حيث التأصيل و إظهار الدليل و مضمونه و مدى موافقته على الحكم المستنبط منه و هي دراسة مفيدة لكل باحث لمعرفة كنوز هذه الشرعة و إن أخطأ في صحة مناقشة الدليل و معرفة ألفاضه ، إن ذلك سيكون ملكة علمية تتمومع الجهد و البحث و هذه الأهداف حتما تؤدي إلى نقد المراجع و التحليل العلمي لكل مرجع على حدى .

الدراسات السابقة :

- البحث العلمي مهما كان يتوقف على الإطلاع على المصادر و المراجع التي إستغلها الباحث .

- و لكون موضوع بحثي غاية العقوبة في الشريعة الإسلامة و القانون الوضعي فإن مصادره على نوعين الشرعية و القانونية .

أولا : الدراسات الشرعية :

تنوعت المصادر و المراجع الشرعية لهذا البحث منها ما هو خاص من المصدر الأول للشريعة الإسلامية و هي التفاسير بكل أنواعها سواءا كانت تفاسير بالمأثور أو التفاسير بالرأي أو التفاسير التي تعني باللغة أو الفقه أو الإستدلال بآيات الأحكام فهذه كلها أفادتني في جانب واحد فقط و هو جانب معرفة أراء المفسرين في معاني الآيات و إستنباطهم للأحكام الفقهية من هذا المصدر منها: أحكام القرآن لإبن العربي و حتى التفاسير العامة منها : التفسير الكبير للإمام الرازي ، و تفسير إبن كثير و غيره .

هذه المصادركلها عنيت بتوضيح ألفاظ المعاني وإختلاف المذاهب الفقهيـة مع مناقشتها و هو أمر محدود لكل واحد لكن موضوعي هذا يعالج جانـب محدد و هو المقاصد العامة و الخاصة للعقوبة من حيث غايتها الإجتماعية أو الفردية و إستفادتي من هذه المراجع محصورة فـي إكتـشاف الثـروة الفقهية والتشريعية لدى علماء الإسلام و طرق إستنباط الأحكـام الفقهيـة وتنوعها وإختلافها في بعض الأحيان حيث جمعت بعض هـذه الآراء فـي رسالتي و ناقشتها حتى يتسنى لي بعد ذلك الوصول إلى دراسة المقاصد و الغايات في العقوبة حسب هذا المنهج .

أما المصادر والمراجع المعتمـد عليهـا فـي الـسنة والأحكـام الفقهيـة المستنبطة من الأحاديث النبوية فلم تخرج من المصادروالمراجع السابقة في التفسيرلكن في السنة النبوية المطهرة وجدت شيء من ظالتي .

لكون شراح الأحاديث النبوية عامة و أحاديث الأحكام خاصة يتناولون الحديث من كل جوانبه اللغوية و الفقهية و يضيفون إلى ذلك طرق روايته و آراء الصحابة و أقوالهم في الموضوع ثم يصلون إلى الترجيح لحكم معين مع ذكر العلل الخاصة في كل حكم و هو لب بحثي ، و قد إستفدت من ذلك إستفادة هادفة لكوني وجب علي مقارنة كل الأحكام التي جاءت في هذه الكتب مع المذاهب الفقهية ثم إختيار ما يقوى النتائج التي توصلت إليها و كذلك ما وصل إليها الفقهاء المتأخرين في دراستهم و حتى العامة من ذلك ، كتب الفقه الإسلامي للمذاهب الأربعة ثم كتب الفقه المقارن ثم الدراسات الفقهية الحديثة كل هذه المصادر و المراجع التي إعتمدت عليها إستفدت منها إستفادة جلية و تعلمت منها كثيرا في الجانب الفقهي و أسراره و تنوعه و سمحت لي نفسي بأن أرجح بعض الآراء على بعض حسب ما توصلت إليه من إقناع شخصي بل حتى في حياتي الشخصية تركت بعض الآراء التي كنت أعتقد بصحتها و رجعت عنها إلى غيرها

بعد البحث و التنقيب في التشريع الإسلامي و كنوزه التي لا يمكن لأي باحث أن يدعى بأنه ملم بها أو حتى على أهمها و من واجبي أن أعترف بأنني لم أستطع حتى جمع كل الآراء التي يتضمنها بحثي لكثرتها و تبعثرها في مصادر لا تحصى من حاصي مهما كان و يبقى دائما الموضوع قابل للبحوث العلمية ، مستقبلا أتمنى أن تكون لي فرصة أكبر من هذه في المستقبل لأزد في الإستفادة لكون مضمون هذا الموضوع كتب فيه القليل حسب الهدف الحقيقي له و هو الوصول إلى أفضل طريقة لعلاج الإنحراف البشري و تخفيض نسبة الإجرام على الأقل في المجتمع الإسلامي .

ثانيا : الدراسات القانونية : فهي متنوعة حسب المدارس الفلسفية مما جعل حصرها أمرا مستحيلا و لذلك حاولت تأصيل الآراء ليس إلى الأشخاص الباحثين كون ذلك أمر يطول فكل مدرسة لها فلاسفة أوائل و أتباعهم إلى يومنا هذا ، مما جعلني ألحق الآراء للمذاهب الفلسفية حتى تمكنت من توضيح أصول المبادئ و القواعد لكل مدرسة على حدى مع مقارنتها بغيرها ثم تقرير مارأيته سليما أو نقده ثم إعطاء البديل الذي أعتقد بأنه الأصح مما وصل إليه الفكر المدرسي الوضعي مع العلم أن الكتب التي تيسر لي الإطلاع عليها لم تعالج موضوع غاية العقوبة كهدف لها و لكن عالجت العقوبة فقط على أساس ما توصل إليه الفكر الفلسفي للمدارس الوضعية لأجل حماية للمجتمع تارة ثم حماية الفرد تارة أخرى لذلك لم تتمكن هذه المدارس حسب رأيي من تحديد الغاية من العقوبة إلى يومنا هذا.

ورغم دراستي للموضوع من كل جوانبه السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الفلسفية إلا أنني وجدت نفسي كلما تعمقت في الموضوع إلا و رأيت ما بقي أكثر مما درس و نوقش ولذلك فإنني أقر علانية بأن الموضوع المختار بالنسبة لي هو فتح باب البحث فيه و ليس تحقيق المآل

فيه بالإضافة إلى أن ماتم الإطلاع عليه في نظري ما هو إلا دراسات متفرقة غير مستوعبة للموضوع الذي أنا بصدد البحث فيه , كما أنها غير ملتزمة بالطريقة الأكاديمية و المنهجية العلمية المعتمدة في الدراسات المقارنة لمعالجته , الأمر الذي شجعني على دراسته وفق المنهج الإستقرائي التحليلي , هذا المنهج الذي يفرض نفسه تبعا لطبيعة الموضوع حيث أنني سأقوم بإستقراء آراء الفقهاء و مناقشتها , و تحليلها , ثم مقارنتها مع وجهات نظر رجال القانون الوضعي , لإظهار نقاط الإتفاق , و نقاط الإختلاف , و تسجيل دور الجهة التي حازت على قصب السبق في إبراز الطرق و الوسائل التي تهدف إلى تحقيق غاية العقوبة .

وسألتزم في دراستي هذه بما تستوجبه الأمانة العلمية بعزو كل الأفكار و الآراء , و الأقوال إلى أصحابها , وحصر ما يتم إقتباسه بين قوسين مزدوجـين (( )) , مع توثيق مصدره في الهامش بالطريقة المعتمدة في البحوث العلمية , و الرسائل الجامعية ,ووضع الآيات القرءانية بين القوسين المزهرين ﴿ ﴾ , لتمييزها عن غيرها من الأقوال .

مع تخصيص قائمة للمراجع التي أعتمد عليها في دراستي لهذا الموضوع , و تثبيتها في نهاية الدراسة و بعد الخاتمة , بحيث تكون مرتبة حسب أنواعها و تخصصها .

و لبدء الدراسة ارتأيت تقسيمها إلى :

أولا) – فصل تمهيدي , أبين فيه فكرة المصلحة و علاقتها بغاية العقوبة , بإعتبار أنها أول متأثر بإرتكاب الجريمة و تطبيق العقوبة .

ثانيا)- الفصل الأول , ادرس فيه أساس العقوبة و أقسامها .

ثالث)- الفصل الثاني , أخصصه لإبراز غاية تقرير العقوبة , وأثرها .

و سيتم تفصيل هذه الدراسة وفق الخطة التالية :

خـــطة البحـــــــــــــث

الفصل التمهيدي : المصلحة و علاقتها بغاية العقوبة .

المبحث الأول: تعريف المصلحة و أشكالها

المبحث الثاني : خصائص المصلحة

المبحث الثالث : شروط المصلحة

الفصل الأول : أساس العقوبة و تقسيمها في :

ـ الشريعة الإسلامية

ـ والتشريع الجنائي الوضعي

المبحث الأول: أساس العقوبة في : ـ الشريعة الإسلامية

ـ و التشريع الجنائي الوضعي

المطلب الأول: تعريف العقوبة .

المطلب الثاني: مشروعية العقوبة و غايتها في الكتاب و السنة

المطلب الثالث: مشروعية العقوبة و غايتها في الفقه الجنائي الوضعي (نظريات المدارس الوضعية)

المبحث الثاني: غاية تقسيم العقوبة في :

ـ الشريعة الإسلامية .

ـ و التشريع الجنائي الوضعي .

المطلب الأول: تقسيم العقوبة في الشريعة الإسلامية و غايتها

المطلب الثاني: تقسيم العقوبة في التشريع الجنائي الوضعي و غايتها

الفصل التمهيدي

المصلحة و علاقتها بغاية العقوبة

المبحث الأول :تعريف المصلحة و أشكالها

أثبت الإستقراء لنا أن الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية تشتمل كلها على مصالح العباد فكل ما شرعه الإسلام في الكتاب والسنة كان فيه مصلحة حقيقية للعباد و هناك من يغلط في المصلحة ويرى أنه لامصلحة في تقرير عقوبة الجلد على الزاني وهذا تغليط منهم لذا إرتأينا إلى تحديد مفهوم المصلحة حتى نزيل كـل لـبس فالمصلحة في اللغة هي الصلاح قال إبـن منظـور : ((**والمـصلحة : الـصلاح والمصلحة واحدة المصالح))** (1).

ـ فكل ما كان فيه نفع فهو مصلحة سواء كان بالتحـصيل كإستحـصال الفوائـد أو بالدفع كإستبعاد المضار .

أما المصلحة في الشريعة الإسلامية فقد عرفها علماؤها بما يلي :

((المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسـهم وعقـولهم ونسلهم وأموالهم حسب الترتيب الوجوبي فيما بينها)) (2).

- -

(1) إبن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق المجلد الأول مادة صلح جزء 12 .

(2)أبوزهرة، بحث قدم لمجمع البحوث الإسلامية، بحث فلسفة العقوبة في الإسلام منشور في مجلة الأزهر.

- ومفهوم المنفعة في الشرع شامل لما ينتفع به الإنسان أو الوسائل التي تتحقق بها، وكـذا دفع المضرة وأسبابها كما قال الإمام الـرازي ((..... اللـذة تحـصيلا أو إبقـاء، فـالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها)) (1).

قد عالج الإمام الشاطبي هذا الموضوع علاجا كافيا، حيث بين مفهوم المصلحة بكـل وضوح وكذا المفسدة حيث قال : ((المصالح المجتلبة شـرعا، والمفاسـد المـستدفعة شرعا إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الآخرة . لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية أو درء مفاسدها العادية)) (2).

- وفي هذه الجمل أمور نبينها فيما يلي :

1) الإعتبار الحقيقي للمصالح الشرعية تكون بما يقيم الحياة الدنيا والآخرة، أي المنفعة الصحيحة هي ما كان مفيدا الإنسان في حياته الدنيا ومقبولا في شرع ا تعالى غيـر مخالف لأحكامه ومقاصده، ولا يتحقق هذا إلا إذا كانت المصلحة مستنبطة من أصول الشريعة على علم ودراية بنية خالصة لإصلاح أمور الدنيا ونيل أجر الآخرة .

2) أن يتجنب هوى النفس عند جلبها، أو درء مفاسدها وإلا أعتبرت مفسدة، لأن النفس جبلت على محبة الشهوات بلا حدود، ومتمسكة بالمنافع بلا ردود، فلـو فرضـنا أن تاجرا مسلما يبيع السلاح لأعداء الإسلام فهو في نظر نفسه لا يحارب المـسلمين ولا يقاتلهم وعمله يعد حسب رأيه مشروعا مادام ا تعالى أحل البيع وحرم الربـا فقـط، ولكن هذه المصلحة الخاصة بالتاجر مضرة لدينه ولإخوانه فإذا نظرنا إليها من منظور الشرع فهي مفسدة لا محالة ومحرمة بلا شك، أما إذا أخذنا المصلحة حـسب أهـواء النفس فهي ليست مفسدة، بل درؤها هو المفسدة عقلا، ولذلك لا تعتبر مصلحة نافعـة شرعا إلا إذا إعتبرها الشرع مصلحة ولو إعتبرنا الدليل العقلي في كل ما هـو نـافع مصلحة لكان هذا التاجر مصيب لذلك نجد علماء الإسلام ما عدا المعتزلة قرروا بـأن الشريعة جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عبـاد ا تعـالى لا يعصون له أمرا، ولا يأتون نهيا، وكل ما أقره الشرع مصلحة فهو كذلك، وكـل مـا جعله مفسدة فكما أقره مع إعتبار الأحوال والحال كما سيأتي بيانه إن شاء ا ، وهـو الإشكال الذي عرف قديما ولازال قائما عند الكثير من الناس إلا من رحم ا .

----

(1) أبي بكر الجصاص بن علي الرازي كتاب المحصول المطبعة العامرة الشرفية، مصر، ص 194 .
(2) إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات ، طبعة صبيح، مصر، ج 2 ص 24 .

و قد قال ا تعالى في محكم تنزيله : **ولو إتبع الحق أهواءهم لفـسدت الـسموات والأرض ومن فيهن** (1).

ـ وقد تحقق هذا الأمر في الكون بعد أن رفض الدين الإسلامي عند غير المـسلمين ولم تتمسك به أمة الإسلام وإستبدلته بأهواء الذين لا يؤمنـون بـه ورفـضوه جملـة وتفصيلا، وهي أزمة الإنسانية في هذا العصر فأكثر خلق ا لا دين لهم بعد أن تقبلوا الفكر الإلحادي المبني على إعتبار الحياة مادة والموت نهاية والدين أفيـون الـشعوب وراحوا يبحثون عن نظام الحياة حسب هذه الأسس ورفض كل ما هو ديـن فـأختلط الحق بالباطل ولم تعرف المصالح من المفاسد، فتعكر صفو الحياة الدنيوية، فلا دنيـا أصيبت، ولا أخرى رعيت .

ـ ولو كان هذا البلاء أصيبت به الأمم الكافرة لما كان هذا أمرا يذكر، ولما كتب هذا البحث أساسا ما دام ا تعالى قد أخبر به منذ أربعة عشر قرنا فـي قولـه تعـالى :

ومن أضل ممن إتبع هواه بغير هدى من ا (2).

وقوله تعالى : **ومن أعرض عن ذكري فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامـة أعمى قال رب لما حشرتني أعمى وقد كنت بصيرا، قال كذلك أتتك ءاياتنا فنـسيتها وكذلك اليوم تنسى** . (3)

ـ لكن عم هذا البلاء وأصاب الأمة الإسلامية ونالت منه الكثير فكيف يمكـن تفـسير هذه الحال.

---

(1) سورة المؤمنون الآية 71

(2) سورة القصص آية51.

(3) سورة طه الآيات (124، 125، 126) .

لقد شاء الله تعالى أن يبتلي الأمة الإسلامية بأعظم بلاء في تاريخ الإنسانية وهو خضوعها جبرا للقوانين الوضعية التي تركتها لها الدول الصليبية بعد أن طردتها من أوطانها بقوة السلاح والجهاد بالنفس والنفيس, وكانت المدة التي مكث فيها المستعمر في بلاد المسلمين طويلة كافية لتجهيل المسلمين دينهم وتعويدهم على الحياة الغربية، وتعليم جيل بأكمله إن لم نقل أجيال علوما عصرية غرست في نفوسهم كراهية الدين وكل قديم ووصفه بأوصاف يقشعر منها القلب السليم وإلصاق التهمة به وهو بريء منها براءة الذئب من دم إبن يعقوب وهي التأخر العلمي والمادي للمسلمين بسبب الإسلام ولا بد من فصل رأس الإسلام عن جسد الحياة كما فعل سوريا بأوربا للقضاء على التأخر الحضاري للمسلمين، ورسخت هذه الفكرة اللعينة في أوساط كثير من المثقفين المسلمين الذين تولوا مناصب المسؤولية عموما، وأصبحوا يوجهون الأمة إلى هذا الضلال بكل الوسائل الذاتية حتى أصبح الكثير من أبناء الإسلام يعادونه علانية، وفضلوا الحياة في ظل القوانين الوضعية الموروثة معتقدين صحة ما علموا ويحسبون أنهم يحسنون صنعا بأوطانهم وشعوبهم حتى أصبحت معرفة الفروق بين المجتمع الإسلامي وغيره في كل الحالات العامة أمرا عسيرا، ولذلك أصاب الأمة الإسلامية ما أصاب من غيرها لإشتباهها في الأفعال والأوصاف حتى قيض الله تعالى في أواخر هذا القرن لهذه الأمة علماء بينوا زيف المقولات السالفة وكشفوا بريق الحضارة الغربية وسرابها للمسلمين حكاما ومحكومين فبدأت الأمور تتجه إلى العودة الحقيقية وهي الإسلام الذي هو أسلم نظام للحياة العاجلة والآجلة .

ولكن مازالت بعض العوائق المدنسة توقف السير نحو الهدف المنشود، ومنها الدعوة إلى تجديد الشريعة الإسلامية وفق المصلحة الإنسانية ما دام الشرع دعا إلى الإجتهاد ورفع الحرج عن المسلمين حتى يصلوا إلى غايتهم المنشودة وهي جعل التشريعات الوضعية مصلحة وبالتالي البقاء على التبعية التشريعية الإقتصادية والعلمية وحتى الثقافية .

ـ لهذا أوجب علينا بيان إشكال المصلحة ثم خصائصها وشروطها ثم نبين مفهوم المصالح المرسلة ومدلولها .

- أشكال المصلحة :

بعد أن بينا المصلحة المعتبرة شرعا بأنها المنفعة التي أقرها الشرع وذكرنـا المفـسدة بأنها مضرة نهى عنها الشارع الحكيم دون تفصيل في ذلك, نعود مرة أخرى لتوضـيح مفهومهما معا عند التطبيق الذي قد يصعب عند تغير الأحوال أو الحال وأعني بالأحوال تغير الزمان والمكان والحال، حالة الشخص دون شخص آخر، لأن المصلحة التـي أقرها الشرع ليست مطلقة، وكذلك المفاسد وهذا ما أقره الإمام الشاطبي حيث قـال : ((أن المنافع والمضار عامتها تكون إضافية لا حقيقية، ومعنى كونها إضافية أنها منافع أو مضار في حال دون حال، وبالنسبة إلى شخص دون شخص أو وقـت دون وقـت فالأكل والشرب مثلا منفعة للإنسان ظاهرة ولكن عند وجود داعية الأكـل والجـوع، وكون المتناول لذيذا طيبا لا كريها ولا مرا وكونه لايولد ضررا عاجلا ولا آجلا وجهة إكتسابه لا يلحقها به ضرر عاجل ولا آجل ولا يلحق غيره بسببه أيضا ضرر عاجل أو آجل، وهذه الأمور قلما تجمع فكثيرا من المنافع تكون ضررا على قـوم لا منـافع، أو تكون ضررا في وقت أو حال ولا تكون ضررا في غير ذلك وهذا كله بين في كـون المصالح والمفاسد مشروعة أو ممنوعة لإقامة هذه الحياة لا لنيل الشهوات ولو كانـت موضوعة لذلك لم يحصل ضرر مع متابعة الأهواء، لكن ذلك لا يكون, فدل علـى أن المصالح والمفاسد لا تتبع الأهواء)) (1) .

ـ ومن هذا النص الطويل يمكن إستخلاص الفوائد التالية :

- أن المنفعة التي هي المصلحة قد يكون لها وصف يجعلها نافعة مشروعة لكـن لا يعني هذا أنها لا تتغير إلى مفسدة إذا وصفها بسبب من الأسباب مثال ذلك أن التـدين مصلحة حقيقية , تقام به الدنيا والآخرة، ولكن إذا غير وصفه بسبب إنعدام الإخـلاص وأريد به وجه آخر لغير ا كان مضرة ومفسدة بمجرد تغيير وصفه المشروع .

---

(1) إ براهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات ، مرجع سابق ، ج 2 ص 26، 27 .

ـ والعبادة عموما مصلحة حقيقية تقام بها الدنيا والآخرة بل وما خلـق الإنـسان إلا لأجلها كما قال تعالى : **وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون** . (1)

لكن إذا كانت مظهرا للرياء أو حتى خوفا من غير ا أو زيـد فـي عـدد ركعات الصلاة أو غير في شكلها مثلا كانت مفسدة ما دامت لم تؤد حـسب وصـفها المشروع، وما يقال عن العبادات يقال عن العادات، فأكل الطعام مصلحة لكن إذا كان على شبعة فهو مفسدة لا محالة للجسم ولغيره، فضابط المصلحة إذن هو ما تقـام بـه الدنيا للآخرة، فالدنيا لا تقام إلا بالنفع، وإذا كانت للآخرة فلا يخالف فيهـا شـرع ا مطلقا وهو الأساس المعتبر الذي يعرف فطريا من كل سليم الفطرة غير مدنس .

- إن المصالح والمفاسد لا تتبع الأهواء ما دامت إضافية لا حقيقة كما ذكرنـا، فـلا يجزم بأن المصلحة المأذون بها شرعا تكون نافعة في كـل الأحـوال وعلـى كـل الأشخاص، لأن هذا الإطلاق يؤدي إلى التعميم والثبات في غير محله، لكون خطـاب الشرع في ذاته موجه للمكلفين حسب الأحوال والأشخاص والأوقات والأدلة على ذلك كثيرة يمكن ذكر واحد منها كمثال .

ـ إن ا تعالى نص في كتابه الكريم بصريح العبارة على تحريم الميتة في قولـــه : **حرمت عليكم الميتة ....** . (2)

---

(1) سورة الذاريات الآية 56 .

(2) سورة المائدة آية 3.

وما دام النص يقضي بتحريم لحم الميتة فهي مفسدة لكن ذلك ليس مطلقا بـدليل آخـر منصوص عليه لحال شخص في مضرة، فقال تعالى: **فمن اضطر غير باغ ولا عـاد فلا إثم عليه** . (1)

فمن هو في هذا الوصف والحال جاز له أكل الميتة بقدر الإضطرار ويبقى على الحال حتى يزول السبب، ولذلك رجعت المفسدة مصلحة بعد أن تغير الوصف، ومـن هنـا يتبين لنا أن المصالح والمفاسد لا تتبع الأهواء مطلقا سواء كـان الإعتبـار بتقريـر المصلحة أو دفع المفسدة فالنظر لهما يكون حسب الوصف والأحوال والأشخاص طبعا حسب الشروط والضوابط التي ستذكر فيما بعد.

المبحث الثاني : خصائص المصلحة :

أهم خصائص المصلحة في الشريعة الإسلامية هي :

ـ 1 ـ إعتبار آثار المصلحة شاملة للدنيا والأخره، فكل عمل أثمر لصاحبه أو للمجتمع منفعة ولو تأخرت بزمن قريب أو بعيد وكان ذلك مباحا شرعا فهـو مـن المصلحة الشرعية .

ـ2ـ إعـتبار المصلحة فيما يحقق حاجات المجتمع وأفراده ماديا وروحيا لأن فطرة الإنسان الأصلية تأبى التلذذ بالماديات وإشباع النفس بهـا دون زاد الـروح وغذاؤه الكامن في الطاعة والإنقياد للقوي الذي يسير أمورهم وييـسر لهـم المنـافع ويحفظهم من المضار والمفاسد في حياتهم، وهذا أمر مألوف بالفطرة الصافية التي لم تدنس بالإلحاد أو بالتضليل قال تعالى : **فطرت ا التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق ا ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون** (2) .

---

(1) سورة البقرة الآية 173

(2)سورة الروم آية 30

ـ وبين هذا الأمر حديث قدسي للرسول صلى ا   عليه وسلم فيمل يرويـه عن ربه : ((وإني خلقت عبادي حنفاء كلهم وإنهم أتتهم الشياطين فأجتالتهم عن دينهم، وحرمت عليهم ما أحللت لهم وأمرتهم أن يشركوا بما لم أنزل به سلطانا ......)). (1)

ـ ولهذا نجد أن الشريعة الإسلامية نظرت إلى نـوازع كـل مـن الجـسم والروح، فشرعت كل الطيبات من المأكل والملبس، دون إسراف ولا تقتير، ويـسرت كل الوسائل والأسباب التي تحقق المحافظة على صحة الجسم، وحرمت كل المقاعـد التي تؤذي صحته وفي نفس الوقت وضعت ميزان الإعتدال بينه وبين حاجات الروح لكي لا يطغى جانب على آخر، غير أن هذا الحال ليس سهل التحقيق عند كثير مـن الناس بسبب قوة الشهوات وتغلبها على الجانب الروحي في كثير من الأحيان من جهة ومن جهة آخرى صعوبة تحقيق الحاجات الروحية كما وضح ذلك الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في قوله ((صحيح أن تحقق الحاجات الروحية لدى ألإنسان لا يأتي بالسهولة التي تحقق بها حاجاته الجسمية من طعام وشراب ومعاملات لأن في العوامل الشهوانية لدى الإنسان وما سلط عليه من وسواس الشياطين وما يحف به من ظروف، ما يعرقل له السبيل إلى تحقيق حاجاته الروحية، بل ما قد يسكت صوت تلك الحاجات نفسها في بعض الأحيان ولكن هذا لايضيع أن يكون السعي إلى تحقيق أغراض الروح مع ذلك مصلحة ضرورية للكون والإنسان)) (2).

---

(1) أخرجه مسلم الجامع الصحيح مجلد 04 ص 159 دار المعرفة بيروت لبنان .

(2) محمد سعيدرمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية 1396 هـ مؤسسة الرسالة، لبنان ص 56.

ـ وقد يعترض عن هذا الرأي بأن تحقيق حاجات الإنسان الجـسدية أمـر مألوف ومعروف عند كل المخلوقات حتى غير الإنسانية، أما تحقيق حاجات الـروح فهو أمر مجهول وغير مألوف .

ـ والحقيقة أن هذا الإعتراض في محله خاصة في هذا العصر الذي طغت فيه المادة على الروح طغيانا عاما، حيث لا معرفة عند الناس إلا بمـا يطفـيء نـار الشهوة للأجساد.

قلت وهذا ناتج عن الطاعة العمياء للهوى عند الإنسانية حيث قال عبـد ا بن عباس رضي ا عنهما (01) : ((الهوى إله يعبد من دون ا)) ثم تلا قوله تعالى: ((أفرأيت من اتخذ إلهه هواه)) .(02).

ـ وعرف بعض العلماء الهوى بأنه ميل النفس إلى خـلاف مـا يقتـضيه الشرع .

ـ والجواب عن هذا الإعتراض يكون حسب رأينا كالآتي :

أن الجهل ليس عذرا خاصة في أمر الدين ما دام ا تعالى قد أرسل رسـلا للإنسانية وبلغوا هذا الدين للعالمين فلا حجة لأي مخلوق عند ا تعالى، وإذا رجعنـا إلى معرفة حاجات الروح نجد أن رسول (صلى ا عليه وسلم) وضح مفهوم الغاية التي تحقق بها في قوله ((لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعا لما جئت به)) (3) .

---

(1) عبد ا بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي صحابي جليل وصف بحبر الأمة له 1660 حديثا .

(2) سورة الجاثية الآية 23.

(3) رواه الديلمي و ذكره المناوي في كنز الحقائق و نقله أبو الحسن الماوردي أدب الدين والدنيا، مطبعة مصطفى الحلبي، 1393هـ، ص 23 .

ـ ومن الحديث السالف يكفي لغاية الروح تغذية عادية بما أن العامل بـه لا يخالف الشريعة في إعتقاده وعبادته ومعاملته وأخلاقه وآدابه, فإذا تعود على الحيـاة السليمة ذاق حلاوة الإيمان فلا يمكن أن يرضى عنها بديلا أبدا، ولكن لايكـون ذلـك سهلا خاصة في أول الأمر، فإذا ثبت على التمسك بالحق، وعالج قلبه من كل ما هـو منهى عنه من الحقد والكبرياء والرياء وغيره، فأنه سيصل إلـى الغايـة المـذكورة، خاصة إذا سعى سعيا دائما وأكثر من العبادات، وتفكر فيما ينتظره من منـافع دائمـة عند ا تعالى ما دام مؤمنا بها يقينا .

ـ 3 ـ أن المصلحة من الدين وهي محكومة به ضبطا، وينـتج عـن هـذه الخاصية أثرا رئيسيا هو جعل مصلحة الدين أساسا لغيرها ومقدمة عن سواها، وعنـد تعارضها مع المصالح الأخرى تقدم عنها ولو أدى ذلك إلى التضحية بكل ما سـواها من المصالح .

وهذا أمر بديهي في الشريعة الإسلامية ما دامت المصلحة الحقيقية المعتبرة شرعا هي ما تحقق بها النفع الأخروى والدنيوي معا، وكل ما هو نافع دنيويا وغيـر نافع أخرويا فهو مفسدة لأنه استبدال العلي بالدني، والدائم بالزائل وهو أمر مرفـوض نقلا وعقلا عند كل عاقل بلا جدل ورغم التفصيل لفلاسفة الغرب المنفعة العامة وحتى الخاصة فإنهم جعلوا الإستعانة بالدين على تحقيق المنفعة ضروري ولو كـان الـدين حسب قولهم غير معقول لأن فيه المصلحة للإنسان قال بنتام ((يجب أن يكون سـير الديانة موافقا لمقتضي المنفعة، فالديانة بإعتبارها مؤثرا تتركب من عقاب وجـزاء، فعقابها يجب أن يكون موجها ضد الأعمال المضرة بالهيئة الإجتماعية فقط، وجزاءها

يكون موقوفا على الأعمال التي تنفعها فقط، وهذه هـي القاعـدة الأوليـة والطريقة الوحيدة في الحكم على سير الديانة هو النظر إليها من جهة الخير الـسياسي في الأمة فقط وما عدا ذلك لا يلتفت إليه)) (1) .

وقد ألف الدكتور توفيق الطويل كتابا حول هذا المذهب الغربي تحت عنوان (مذهب المنفعة العامة) . أورد فيه تطور المذهب على يدى أحد متبينه قائلا :

((كان جيمس(2) يهتم بالعقيدة الدينية(3) باعتبارها ظاهرة إنسانية، وهو يريد أن يحقق للناس السعادة، فإن كان إعتقادهم بوجود ا كفيلا بتحقيق سعادتهم وجب أن يعتقدوا في وجوده , وإذا أثبتت التجربة أنه يكفل سعادتهم كان هذا الإعتقاد حقا حتـى ولو عجز العقل النظري عن أن يقيم الدليل المنطقي على آن هذا الإعتقاد حق)).

---

(1) كتاب أصول الشرائع (باللغة الفارسية) ج 1 س 307، مذكور في هامش كتاب ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق.

(2) هو وليام جيمس تبني هذا الفكر وشرحه في كتاب له سماه ((البراجماتزم)) ودعا بصريح العبارة إلى التمسك بكل مامن شـأنه أن يحقـق غايـة أخلاقية سلبية، حتى ولو كان المتمسك به باطلا في جوهره، بل ولايهم أن يكون حقا أو باطلا ما دام يحقق نفعا مرغوبا فيه.

(3) يعني بالعقيدة الدينية الصليبية التي تخالف العقل ببهتانها في أغلب المسائل المحرفة كالتثليث ، وعقيدة شرب الخمر بعـد أن يـصبح دم المـسيح وغيرها من خرا فات الوثنية اليونانية التي لم يأت بها المسيح عليه السلام أصلا ويقينا .

ـ ويمكن لنا أن نكتفي بهذا التعليق للمؤلف الذي يبين بوضوح فـساد هـذا المذهب السائد في أغلب دول العالم(1) غير أن إظهار المبادىء العامـة لهـذا الفكـر ضروري ولو كان بإيجاز, من هذه المبادىء ما يلي :

غير أننا لا ننكر الرأي العام الإسلامي الذي مافتىء يطالب الحكام بإلغاء هذه القوانين وتعويضها بقوانين مستنبطة من الشريعة الإسلامية .

لقد جعل أبو الفلاسفة الغربيين في رأيه وجوب سير الديانة موافقا لمقتـضى المنفعة وأوجب توجيه الديانة بالقوانين إلى ما يحقق المنفعة العامة مدنيا وسياسيا، ولا يلتفت إلى مادون ذلك، ويعني وا أعلم أنه يريد القول بعدم الإلتفات إلى كـل نـص يذكر العقاب الأخروى أو نعيم الجنة مادام ذلك لا يحقق مآرب الأحياء عاجلا، وهـو أمر ظاهر في كلامه .

وقد ذهب من بعده الفيلسوف الشارح لمنهجه وهو وليام جيمس إلى أبعد من ذلك كما نقلنا عنه، إذ جعل الإعتقاد مربوطا بالمنفعة ولو كان هذا الإعتقاد باطلا، وهو في الحقيقة كما قال، لأن العقيدة التي اعتنقها وهي المسيحية محرفة كما أشرنا إليهـا في الهامش ما دام العقل يأبى قبولها أصلا لكونها محرفة وكل ما وصى به هو البحث عن السعادة الدنيوية التي ذاقها وأنغمس في أعماقها فتكون لديه إقتناع بها، ولم يستطع إيجاد جواب للنزاعات الروحية المغروسة في كيانه والنـواقض التـي عرفهـا فـي معتقداته ففضل ما اقتنع به عما لم يقتنع به، ودعا إلى تسخير العقيدة بما ينفع النـاس في حياتهم العادية، ورفض كل ما سوى ذلك، وقد أوردت هذا الفكر خصوصا لأدعم رأيي السابق بأن الفساد الموجود في المجتمعات غير الإسلامية أمر عـادي مـا دام فكرها على هذا النحو، وقلت بأن الغريب هو وجود الفساد في المجتمعات الإسلامية

---

(1) هذا المذهب هو السائد في العالم وقد توصلت في بحثي هذا إلى أصول القانون الوضعي بأن أغلب أحكامه مبنية على هذه الأسس الفلسفية، وان هذا القانون هو السائد في كل بلدان العالم غير الإسلامية، وكذا الإسلامية التي أستعمرت من الصليبيين وذكرت هذه المسألة في مبحث أساس العقاب في القانون الوضعي في هذه الرسالة وهذا الوضع لا زال سائدا إلى يوم كتابة هذا البحث في أغلب البلدان الإسلامية، كمصر، سـوريا، العـراق، تـونس، الجزائر، والمغرب.. الخ.

التي من المفروض إستحالة وجوده فيها ما دامت متمسكة بالحق الـذي بـين سـبيل الصلاح والمصلحة بكل وضوح ونهي عن كل أمر يسبب الفساد وحدد العـ ـ ـقوبات المعالجة لوجوده، لكن مادامت التشريعات الموجودة عند غير المسلمين نقلـت إلـيهم بأسسها ونصوصها فلا بد أن تأتي بثمارها قطعا، فإذا عرف هذا زال الإشكال وإنقطع القيل والقال.

ولعل من نافلة القول أن نزيد توضيحا لما ذكرنا بذكر بعض معالم الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع أعني به شمولية المصالح المعتبـرة وتحديـد مـدلولها الشرعي بما ينفع الناس في الدارين وما يحقق لهم من سعادة أبدية .

ـ وإذا تمعنا في كتب الشريعة عموما والفقه خصوصا نجـد أن الـشارع الحكيم قصد وضع الشريعة وتكاليفها حفظ هذه المصالح وليس هناك قصد آخر لكون ا تعالى غني عن مخلوقاته لا ينفعه صلاحهم ولا يضره فسادهم، ويجمع هذا المفهوم قوله تعالى **من عمل صالحا فلنفسه ومن أساء فعليها، وما ربك بظلام للعبيد** .(1)

ـ وقد قرأت كثيرا من الكتب في كل أقسام الشريعة الإسلامية فما وجـدت كتابا يبين هذه المعالم مثل ما كتبه المجتهد الفذ في هذا الفن الإمام الشاطبي رحمه ا تعالى في كتابه الموافقات في أصول الأحكـام، رأيـت مـن تحليلاتـه الأصـولية وتوضيحاته مستعينا ببعض الكتب العصرية ككتاب الجريمة والعقوبـة للإمـام أبـي زهرة، وغيرها من المراجع الواضحة لتسهيل الفهم لما يكتب في عصرنا هذا خاصة.

ـ وقبل الخوض في ذلك يستحسن ذكر الحقائق التالية :

ـ يجب علينا أن نعترف بأن مستوى علماء الإسلام العلمي والذي هو عال جدا فـي علاجهم لأصول الشريعة الإسلامية وجزئياتها مما جعل كتاباتهم صعبة الفهم حتى عند بعض الخاصة مما قد يصعب علينا الأخذ عنهم، فما بالك مناقشة أرائهم عند الإشكال في بعض الأصول أو الجزئيات

---

(1) سورة فصلت آية46 .

ـ إن العصر الذي نعيش فيه مختلف عن عصورهم مما عقد الأمـر أكثـر لكون بحوثهم كانت تعالج الإنحرافات الموجودة آنذاك والتي لم يبق منها إلا آثار لكن في نفس الوقت ظهرت أمور في عصرنا ما كانوا هم يتصورونها قطا كالإعتقـادات الراسخة في أذهان أغلبية المسلمين والتي لم تخطر ببال أحدهم على الإطلاق كقبـول التشريعات الوضعية المنقولة عن غير المسلمين بدلا من التشريع الإسلامي، فهذا أمر حسب رأيي في غاية التعقيد ما دام الباحث في عصرهم يعالج بعض الإنحرافات عـن بعض أحكام الشريعة إن لم نقل عن بعض فروعها، ولكن الباحث في عـصرنا هـذا يعالج الإنحراف عن الشريعة جملة وتفصيلا، فكيف يمكن التوافـق بـين المنهجـين، منهاج العلاج الجزئي، ومنهاج الموت الكلي.

ـ أضف إلى ذلك الأفكار المنتشرة لدى الكثير من مثقفي الأمة الإسـلامية على مختلف مشاربهم ومذاهبهم كالأفعال الإلحادية التي لم يسمع بها من كان قبلهم في المجتمع الإسلامي، لكون المانع كان قائما وهو حد الردة كما سيأتي ذكره في المبحث الثاني من هذا الفصل, لكن في عهدنا الإلحاد مذهب معترف به أقيمـت لـه أحـزاب تسمى تارة بالإحزاب اليسارية، شيوعية كانت أو إشتراكية ومعهـا أحـزاب أخـرى تتقارب معها في كثير من المبادئ مثل الأحزاب اللائكية التي وإن كانت غير إلحادية إلا أنها تنتهج منهجا لا دينيا في السياسة والتشريع والتعليم (وكل مايتعلق بتنظيم حياة الفرد والجماعة ولا تنكر وجود ا تعالى بشروط وجوبية تجعلها أوسع خطرا علـى الإسلام وشريعته من الملحدين ببطء أعني بذلك حرمة تعليمه أصلا، ومنعه من تنظيم الحياة قطعا وتحريم الدعوة إليه فعلا حتى ينسى كما نسي غيره من الأديان كما قـال ا تعالى بصريح العبارة لأهل هذه الملة :

ألم يأن للذين أمنوا أن تخشع قلوبهم لذكر ا وما نزل مـن الحـق، ولا يكونوا كالذين أوتوا الكتاب من قبل فطال عليهم الأمد فقست قلـوبهم وكثيـر مـنهم فاسقون (1) .

قلت كل هذه المستجدات كانت معدومة في زمانهم, فكيف يعـالج المـرض بالدواء الذي وجد قبل ظهوره ذلك يكون عملنا منصبا حول ما نـراه موجـودا فـي عصرنا والأخذ عنهم يكون من باب الإستئناس بأفكارهم وأرائهم القريبة مـن العلـل المشتركة في موضوعها مع البحث عن الأصول التي أخذوا منها و إستنباط الحلـول لمشكلاتنا الحديثة .

ـ وأن تفاوت المصالح في الشريعة الإسلامية أدى إلـى ترتيبهـا ترتيبـا وجوبيا، فمن العلماء من رتبها على أساس المقاصد الضرورية حسب الدرجات، فجعل أول مصلحة هي حفظ الدين ثم النفس، ثم العقل، ثم المال ثم النسل ومنهم من إنـتهج نهج شموليا غير مخل بالأول فجعلها ثلاثة أقسام جمع المصالح الخمس السالفة الـذكر وحسب نفس الترتيب تحت إسم الضروريات، وجعل القسم الثاني بعدها في الأهميـة تحت إسم الحاجيات، وأخيرا قسم التحسينيات وهذا التقسيم للإمام الشاطبي وأخذه عنه كثير من العلماء من بعده ومنهم أبو زهرة والدكتور بهنسي وعبد القادر عودة وغيرهم

وهذا التقسيم هو الأصح كما سيأتي لكونه شامل لكل ما يقيم المصالح ودافع لكل ما يضر بها وفي هذا المضمار قال الإمـام الـشاطبي : ((تكـاليف الـشريعة ترجـــع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه الـــمقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام أحدها أن تكـــون ضرورية، والثاني أن تكون حاجـــية، والثالـث أن تكـون تحـسينية فأمـــا الضرورية فمعناه أنـــــه لا بد منـــــها في قيام مصالح الدين والدنيا

---

(1) سورة الحديد الآية 16 .

، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على إستقامة بل على فساد وتهـارج وفـوات الحياة، وفي الآخرة فوات النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين)) . (1)

و لهذا فإن هذا النوع عند الإمام الشاطبي وغيره يعد من الأولويات، ويجـب الحفـاظ عليه وإلا جرت الحياة مجرى الفساد (2)

ـ وقد حدد العلماء هذه الضرورات على سبيل الحصر وهي :

1ـ حفظ الدين **2** ـ حفظ النفس **3** ـ حفظ العقل **4**ـ حفظ المـال **5** ـ حفظ النسل.

ـ فبالنسبة لحفظ الدين وهو الأساس عند علماء المسلمين فهو يأتي في أول درجة عكس علماء الأديان الأخرى والفلاسـفة، وبـدون الحفـاظ عليـه لا يطالـب بالمحافظة على ما بعده، بل لولا ذلك لما كان التكليف أصلا كما قال تعالى : **ومـا خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون** (3).

----

(1) الشاطبي، الموافقات، طبعة صبيح، مصر، ج 2 ص 3

(2) والمجتمع االإنساني المعاصر يزداد فسادا كل يوم رغم ما يملك من الوسائل العلمية والإختراعات المختلفة، لأنه لا يستطيع معرفة دنياه بعد أن حقق غايته الدنيوية خاصة رفاهية العيش من مأكل ومشرب ومركب ومسكن وملبس، فظل يعاني من إنعدام الأمن الإجتماعي والإطمئنان الذاتي، وكأنه يعيش في تعاسة أكثر مـن تعاسـة الإنسان الحجري، لأن هذا المجتمع لم يطبق القانون الإلهي لحفظ هذه الضروريات التي بين علماؤنا أن عدم حفظها يؤدي إلى فساد الدنيا إضافة إلى خسران الآخـرة قطعا كما سيأتي بيانه إن شاء ا تعالى .

(3) سورة الذاريات الآية(56).

فالغاية الأساسية التي خلق من أجلها الإنسان هي العبادة تعالى وأولـى أركانهـا النطق بالشهادتين ثم تأتي من بعدها الصلاة والزكاة والصيام والحج هـذا الترتيـب ترتيب وجوبي حيث لا يعقل أن لا يقال لمن لم ينطق بالشهادتين أقم الـصلاة لكون الصلاة لا تقبل منه مطلقا إلا إذا اعتقد بالتوحيد، ثم مـن لا يـصلي لا يؤمر بالزكاة، وهذا عكس ما هو مفهوم عند بعض الجماعات الإسلامية التي تأمر بالفروع دون الأصول وهو خطأ مضحك ومبك في آن واحـد، ولهـم بعض الأدلة التي خالفوها بأعمالهم ويحسبون أنهم يحسنون صنعا فيقولون أن ا تعالى قال عن هذه الأمة كنتم خيـر أمـة أخرجـت للنـاس تـأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر [1]

فهذا الدليل خلاف لما يرون حيث أن الترتيـب هنـا وجـوبي فـي الأمـر بالمعروف وهو الإسلام، فإذا عرف من المسلمين ثم خالفه البعض منهم بعـد العلم حينذاك يأتي دور تغيير المنكر .

ـ وقد يحتج علينا بأننا طلبنا المحافظة على الدين ولم نبين كيف يتم ذلك مـا دام الأمر قد تغير في عصرنا بسبب الجهل المتفشي لدى كثير من خـواص المثقفين في هذه الأمة بعد إلتقسيم القاسم بين علوم الدين والعلوم الأخرى دون مراعاة ما هو فرض عين أي عمل على كل مسلم، وأصبح بعد هـذا العمـل المفروض عنوة على كثير من البلدان الإسلامية المستعمر لما خرج من ديار المسلمين ترك المناهج التربوية التي أرساها على حالها وفرضـها عنـوة أو حيلة وعلى الحكام إحترام هذا الميراث الخبيث وعدم مخالفته حتى لا يـتعلم المسلمون وأبناؤهم خاصة دينهم في كل مستويات التعليم، فالطبيـب المـسلم مثلا يتخرج بشهادته العلمية بنفس البرنامج الذي يتعلمه الطبيب المسيحي ولو أن هناك بعض الدول التي أجازت التخصص لفئة قليلة من أبناء المسلمين في العلوم الإسلامية إلا أن هذا الأمر أريد به طمس الحقـائق مـا دام الطبيـب المسلم لا يعرف الفرض العيني الوجوبي كالصلاة، بـل لا يعـرف معنـى التوحيد أصلا، فكيف يستجيب للحق إذا سمعه من غيره، بل يتهمهم بـالجمود والدعوى إلى الخرافات كما هو واقع في المجتمعات الإسلامية ولا زلنا إلـى يومنا هذا على هذا الحال في كل التخصصات حتى المهندس الفلاحي عنـدما يرسل للمزارع مع الفلاحين يسأل عن مقدار الإنتاج فيجاب بجـواب هـؤلاء الفطريين بأن ذلك علمه عند ا

---

(1) سورةآل عمران الآية (110) .

وحسب ما ينـزل من الغيث فيثور فيهم هائجا وغير ذلك من المآسـي فـي المجتمعات الإسلامية، نسأل ا أن يعيد لها عقلها لتتعرف عن كيفية الخروج عن منهج هذا الإستعمار الجديد الذي هو أشد من القديم ولا حول ولا قوة إلا با العلي العظيم ,لذلك سنوضح هذا الإشكال في الـسطور التاليـة وبـا التوفيق .
ـ 1 ـ إن المحافظة على الدين كالمحافظة على الحياة تبدأ من الجنـين عـن الأعين الى وفاة الإنسان فلو فرضنا أن الجنين في بطن أمه ضرب ضـربة قوية ماذا سيقع طبعا الهلاك له قطعا ولأمه ظنا.
ـ كذلك المحافظة على الدين تبدأ بتعليم الأسرة في الأمة الإسلامية في كل ما يقوم به هذا الدين بداية من معرفة عقيدته وعبادته وحرامه وحلاله، حتى إذا ولد مولود فأبواه لا يهودانه ولا ينصرانه، ولا يمجسانه، بل يلقنانـه عقيـدة التوحيد ثم يهيأ له الجو في مؤسسات التعليم حتى لا يجد عكس ما نشأ عليـه فيقع في التناقض الذي قد يهدم شخصيته من البداية، فإذا وجدت هذه الحالـة إستجوب القضاء على الفساد في المجتمع ولو في الظاهر فلا يشرب الخمـر في المدينة ولا يباع في الأسواق لا يرى التبرج والزنا في أزقة المدن، ويقال ذلك فساد كل هذا لا يكون إلا إذا كان الحكام ينتمون إلى الإسلام قولا وفعلا هناك رأي خطير عند بعض حكام المسلمين وهـ ـ ـو : { القول بالإسـلام على كل من نطق بالشهادتين ولو ترك كل الأركان بل ولـو تـرك العمـل بالقرآن وهو أمر ما أنزل ا به من سلطان، ولم يقل فـي أي عـصر مـن العصور إلا في عصرنا، وفي عهد الرسـول (صلى ا عليه وسلم) كانـت هناك طائفتان في الإسلام الأولى المسلمون العاملون بالإسلام قولا وفعلا وهم الصحابة كلهم والطائفة الثانية المنافقون وعلى رأسهم عبد ا بن أبـي بـن سلول الملعون وهؤلاء كانوا يقولون بالإسلام ويقومـون بأركانـه ويعلنـون الولاء له ولأحكامه بألسنتهم دون قلوبهم فرد ا عليهم أشد الـرد ووعـدهم بأشد الوعيد، فكيف بمن لا يؤمن بالإسلام إلا بالتسمية ثم يـرفض أحكامـه علانية .
ومن الأراء الخاطئة الإكتفاء بنسبة الشخص إلى الإسلام بنطقه بالشهادتين إذا أثبت أنه لا يعمل بالأركان ومن باب أولى إذا جحدها أو جحد بعضها .

رغم أن الأمر بينه رسول ا صلى ا عليه وسلم في سنته الصحيحة وقننـه علماء الإسلام في علم مستقل سمي بالفقه الإسلامي، وهو مستنبط من هـذين المصدرين الأساسيين قطعا كما هو معلوم عند علماء الأصول بل أكثر مـن ذلك قيض ا لهذا العلم رجالا وضعوا لكل حكم فقهي أدلته الشرعية فلا يشك في ذلك إلا مرتابا أو ناقص علم .

فإذا كان الحال كما ذكرنا فإن المحافظة على الدين باليسر وكما أقره علمـاء الإسلام، حيث ذكروا لنا أن حفظ الدين يكون بأمرين .

الأمر الأول : ما يقيم أركانه ويثبت قواعده وذلك بمراعاتـه مـن جانـب الوجود، أي إقامة صرح الإيمان بعد النطق بالشهادتين وإقامة الصلاة والزكاة والصيام والحج وفق ما شرعه ا في كتابه الكريم .

ـ ـ فإذا قيل وكيف يعرف ذلك عند كل فرد ومن له هذا الحـق، قلنـا إذا كنـا فـي المجتمع الإسلامي فهذا أمر مألوف في كل الأحوال إلا البعض الذي يرتد عن الـدين ويعلن ذلك للناس بغرض التشكيك بل القضاء عليه وعلى أمن المسلمين فهـذا حكمـه معلوم في الفقه الإسلامي وهو ما يسمى بحد الردة حيث يقتل بعد الإستتابة وإصراره على ردته (1) .

وكذلك تارك الصلاة أو جاحدها وعلى كل ركن من الأركان الحكم يدرء عنه ما يفسد دين الناس أو يشكك فيه وهو الأمر الثاني الذي سنلخصه في هذه الجمل .

الأمر الثاني : من سنن ا في خلقه الإختلاف في غالب الأمور بيـنهم فمـنهم مـن يستجيب للحق في أول وهلة ويبقى ثابتا عليه حتى يلقى ا تعالى ومنهم من يـصارع مع نفسه حتى يظهر عليها أو تظهر عليه، ومنهم من لا يملك زمام نفسه فهي تقلبه كما تشاء، ولذلك وضع الشارع الحكيم لكل نوع من هذه الأنواع لكونه يعلـم شـؤون خلقه قبل خلقهم وبعده لذلك فالنوع الأول لا يتصور عصيانه لأمر خالقه مطلقا ما دام

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار المعرفة بيروت ط السادسة 1403 هـ الموافق 1983م ج 2 ص 459.

متغلبا على نفسه متحكما في شهواته لا يتجاوز الحدود وأما النوع الثاني فقد يعـصي ا تعالى لكن سرعان ما يتفطن لغفلته ويعود إلى بارئه تائبا نادما فكثير مـن هـذا النوع لا تظهر معاصيه للعامة وما بقي إلا النوع الأخير، فهذا النوع مـن رحمـة ا على عباده أنه أجاز إصلاحه بكل ما يقومه، فإذا استقام على الحق فلا سبيل إليه مـن أي أحد، لكن إذا أصر على معاصيه وأصاب حدا من حدود ا وجب ردعه بما قـد يغيره على طبعه، وهذا ما يسمى عند بعض العلماء بحفظ الدين من جانب العـدم، أي كل ما يؤدي إلى الإضرار به يستوجب العلاج وفق ما شرع لكل أمر على حدا كمـا سيأتي بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل إن شاء ا .

ـ أما حفظ النفس والعقل والمال والنسل فهي أيضا من الـضروريات إلا أنهـا أقـل درجة من الدين وحسب الترتيب المذكور، فحفظ النفوس هو حفظ الحيـاة، لكـن إذا تعارضت مع حفظ الدين كان الدين أولى من حفظها، لكون حفظ الدين ينال به سـعادة الدارين، وحفظ النفس على حساب الدين يؤدي إلى خسران الآخرة وهو أمر لا يرضاه المؤمن بهذا الدين، وأفضل مثال له هو الجهاد في سبيل ا ، فلو قـدم عليـه حفـظ النفوس ما قام به أحد، ولو ترك لضاع الدين وضاعت الدنيا معه.

ـ ولذلك يعد من الفروض الكفائية في حالة إستقلال الدولة الإسلامية في كل المجالات الحيوية، لكن إذا أصيبت أرض المسلمين أو مصلحة ضرورية لهم كان فرض عـين كالصلاة وهو رأي كثير من الفقهاء (1) وليس حفظ النفوس قاصرا على رد المعتـدين في الحرب بل في السلم أولى منه في الحرب لكون الأصل في الإسـلام هـو الـسلم والحرب هي شذوذ يقع عند الظلم والإستبداد من أهل الباطل وزبانيته (2) لـكن حفظ النفس في السلم ضروري عن كل ما يـعود عليها بالمـضرة أو بالهـلاك كـما سيأتي توضيحه في المبحـث الـثانـي من هـذا الفصـل

---

(1) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة ، مكتبة الخانجي، مصر، ص 453 وما بعدها

(2) الرافعي، الإسلام نظام إنساني ص 185، منقول عن هامش كتاب التشريع الجنائي الاسلامي، عبد القادر عودة .

ـ ويستدعي دوام حفظ النفوس المحافظة على العقـل الـذي هـو أسـاس الإنسانية وشرط من شروط بقائها .

ـ أما المحافظة على الحاجيات والتحسينيات فذلك أمر مفتقر إليـه لكونـه خادم للضروري الذي هو أصل ولو أن الضروري هو المطلوب دون سواه وإختلالـه يؤدي حتما إلى إختلال الباقي بإطلاق والعكس غير صحيح, لكن يمكن أن يقع خلـل فيه، فالذي يتخلى عن الحاجيات أوشك أن يتخلى عن الأصل الذي هو الـضروريات كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه، والسارق الذي يسرق ما لا قطع فيـه يوشك أن يصل إلى المقدار الواجب فيه القطع (1)

ـ ـ فالمفروض شرعا أن الأمة إذا احتاجت للغذاء الضروري إسـتوجب عليها القيام بكل ما يجلب لها هذا الضروري، جاعلة كل الوسائل الماديـة والمعنويـة تحت تصرف المتخصصين حتى تنتج ما يكفيها من غذاء ولو أدى ذلك إلـى تجنيـد أفرادها كرها أو طوعا، لأن هذا الأمر قد يؤدي إلى هلاكها فهو فرض عين .

ـ وكذلك ما يسمى بالأمن الوطني ويعني به قدرة الجـيش علـى رد كـل عدوان من أي مكان، فإذا كان الأمر معدوما لسبب من الأسباب وجب فرض القيام به، مثاله الصناعات الحربية والتكنولوجية والنووية فهذه فروض كفائية على الأمـة فـي حالة السلم أما في حالة إحتمال العدوان فهي عينية على كل أفراد هذه الأمة كل حسب قدرته بالمساعدة المادية أو المعنوية للقيام به، فكل ما كان ضروريا لحفظ الضروريات فهو ضروري بدليل القاعدة الشرعية المعروفة(ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) (2)

---

(1)الطاهر بن عاشور أصول النظام الإجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيـع، تـونس، 1393 هـ ـ، ص 215. الـشاطبي، (2) الموفقات، طبعة صبيح، مصر، ج 2 ص 5 وما بعدها بتصرف

(2)الزحيلي وهبة / الفقه الإسلامي وأدلته ج 6 ص 431 وما بعدها.

ـ وبعد هذا التوضيح للمصلحة وخصائصها في الشريعة الإسلامية يمكن لنا توضيح شروطها الأساسية حتى يتم هذا البحث عموما ونصل بعده إلى الغاية من العقوبة فيما فرضته على معتقديها نصا وروحا لإزالة سوء الفهم أو الجهل الذي يؤدي إلى الإنكار أو الرفض للمنافع والرضا بالمضاروما توفيقي إلا با .

شروط المصلحة في الشريعة الإسلامية

ـ سبق وأن كررنا القول المشهور وهو : **(**أن أحكام الشريعة الإسلامية كلها مصالح للعباد **)** ونعني بذلك أن إتيان هذه الأحكام عملا أو إمتناعا محقـق للمتعـة العاجلـة والآجلة و الأدلة على ذلك كثيرة نكتفي بسرد بعضها وهي **:**

قوله تعالى : **إن ا يأمر بالعدل والإحسان وإيتـاء ذي القربـى، وينهـي عـن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون** (1).

ـ فقد ذكر ا تعالى في هذه الآية العدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، وكلها أوامـر شرعية لصالح العباد وقال عن هذه الآية الإمام الرازي ((..... فجمع في هذه الآية ما يتصل بالتكليف فرضا ونفلا، وما يتصل بالأخلاق والآداب عموما وخصوصا)).(2)

ـ وأما أقوال الصحابة فيها فقد فسروا العدل بالتوحيد، والإحسان بأداء الفرائض حتى قال أحدهم وهو إبن عباس : ((العدل خلع الأنداد، والإحسان أن تعبد ا كأنك تـراه وأن تحب للناس ما تحب لنفسك فإن كان مؤمنا أحببت أن يزداد إيمانا، وإن كان كافرا أحببت أن يصير أخاك في الإسلام)).(3)

ـ وإيتاء ذي القربى يعني بها صلة الرحم بالمال، فإن لم يكن فبالدعاء .ـ ثـم جـاء الخطاب بالنهي عن الفحشاء، وفي تفسيرها أقوال منها .

---

(1) سورة النحل الآية 90 .

(2) الرازي، التفسير الكبير دار الكتاب العربي بيروت ، لبنان الطبعة الأولى، ج 20 ص 100 .

(3) الرازي التفسير الكبير المصدر ص 103 .

أن الفحشاء الذنوب صغيرة كانت أو كبيرة، والمنكر قيل أنه الكفر والظلـم، وأما البغي فقيل أن تبغي على أخيك (1) .

ـ فإن كانت هذه الآية بمفردها بينت كل ما يصلح الفرد في دنياه وينفعه في أخراه، ونهت عن ما يضره فيهما فقد دل ذلك على أن الشريعة راعت المصالح النافعة للعباد بدليل قوله تعالى : **وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين** (2) .

((وما دام إرسال الرسول (صلى ا عليه وسلم) رحمة لهم فإن الشريعة التي جاء بها وافية لمصالحهم متكلفة بإسعادهم في الدنيا والآخرة، وإلا لم تكن بعثتـه رحمة بهم، بل نقمة عليهم)) (3).

ـ وقد بينت السنة في نصوص كثيرة شمولية المصلحة، من هذه النصوص قوله (صلى ا عليه وسلم) : ((لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعا لما جئت به)) (4) ، دل هذا الحديث على وجوب الطاعة لأوامر الشريعة في كـل مجـالات الحيـاة، واجتناب كل النواهي لأنها مهلكات .

---

(1) الرالزي نفس المصدر ص 101.

(2) سورة الأنبياء الآية (107).

(3) البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق هـ ص:56 ،

(4) رواه الديلمي، وذكره المناوي في كنز الحقائق، ونقله الدكتور البوطي في كتابه ظوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص:56 .

المبحث الثالث : شروط المصلحة :

1) أن تكون غير مخالفة لنصوص الكتاب:

ـ سبق لنا أن أقررنا أن أحكام الشريعة كلها جاءت لمصلحة العباد ولو كـان ذلـك ظاهرا عند البعض لأن معرفة الشيء تدل على وجوده، وعدم معرفته لا تـدل علـى إنعدامه مطلقا بل قد يكون خفيا لا يعرف إلا من ذوي الفهم والتدبر الحكيم دون حكـم سابق على الشيء ورفضه قبل البحث والإستدلال والتحليل السليم (بعلـم وإجـلال) خاصة إذا كان المحال كلام الحكيم الخبير وهذا أمر مسلم به عند العلماء في الشريعة الإسلامية, إلا أنه لا يكفي في البحث العلمي الذي يفترض تقديم أدلة علـى كـل رأي يراه الباحث ثابتا نقلا وعقلا .

فالأدلة النقلية كثيرة في كتاب ا تعالى لا يمكن لنا سردها جميعا ولا حتى جزء كبير منها لكثرتها, ولكن نسرد بعضها كأمثلة لا على سبيل الحصر ومنها قوله تعالى: **إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك ا ولا تكن للخـائنين خـصيما واستغفر ا إن ا كان غفورا رحيما** .(1)

و قد أورد المفسرون أسباب النزول لهاتين الآيتين وهي في قصة طعمة بـن أبيـرق عندما سرق درعا فلما طلبت منه رمى بها أحد اليهود، واشتدت الخصومة بين طعمة الذي كان مسلما وقومه معه، واليهود من جهة أخرى فهرع المسلمون إلى الرسول ((صلى ا عليه وسلم)) وطلبوا منه الحكم لصالحهم وشـهدوا ضـد اليهـودي وهـم الرسول (صلى ا عليه وسلم) للحكم لهم إلا أن ا تعالى أنزل هذه الآية دليلا على براءة البريء وجريمة المجرم (2) .

---

(1) سورة النساء الآية 105 و106

(2) هناك روا يات كثيرة في أسباب النزول إلى أن أكثر المفسرين إختارو هذه الرواية أنظر تفسير المنار ج 5ص 390 ومـا بعدها التفسير الكبير للرازي ج11ص32 .

- قال الإمام الرازي ((أنه تعالى لما بين الأحكام الكثيرة في هذه السورة بين أن كل ما عرف بإنزال ا تعالى وأنه ليس للرسول (صلى ا عليه وسلم) أن يحيد عن شيء منها طلبا لرضا قومه)) (1) .

- إن الأحكام التي وردت في النوازل وغيرها كلها وحي من ا تعالى لنبيه (صلى ا عليه وسلم) وعدل لا جدال في ذلك ما دام هذا الأمر بائن للعيان، لأن اليهودي كما تروي كتب التفسير ليس له بينة ولا إثبات وكان لا يؤمن بالرسول (صلى ا عليه وسلم) ولا بكتاب ا تعالى، ولكن برأه ا تعالى وأثبت التهمة على المسلم الذي قيل أنه كان منافقا ورد شهادة قومه بأكملها .

- فإذا أخذنا بالمفهوم العقلي للمصلحة فإن هذا مخالف لها لكون تجريم مسلم بالسرقة ورد شهادة أهله تنتج عنه مفاسد للمسلمين، وقد يؤثر ذلك حتى على الدعوة الإسلامية عند المضيف وهم الأنصار ورغم كل هذا فإن الحق حق وجب إتباعه .

وكل ما خالفه فهو مفسدة ولو كان يظهر للبعض أنه مصلحة (2) وقد بين ا تعالى في آية أخرى بصريح النص مخالفة الهوى ووجوب الحكم بما أنزل ا , بل أكثر من ذلك حذر رسول ا (صلى ا عليه وسلم) وأتباعه من بعده من فتنة أصحاب الأهواء قال تعالى : **و أن احكم بينهم بما أنزل ا ولا تتبع أهوآءهم، واحذرهم أن يفتنوك عن بعض مآنزل ا إليك** (3) .

---

(1) الرازي، التفسير الكبير دار الكتاب العربي بيروت ، لبنان الطبعة الأولى، الطبعة الأولى، ج 20 ص 32 .
(2) هذا الحكم ثابت يبقى إلى قيام الساعة لكن هناك بعض الجماعات الإسلامية خالفته بأقوالها وأفعالها، فكل ما ينتمي إليها فهو بريء في نظرها تدافع عنه بلا هوادة ورأيي الشخصي في هذا الموقف أنه يفسد الرؤية الصحيحة للإسلام بمظهر هؤلاء المسلمين الذين يدعون أنهم دعاة إليه خاصة إذا علمنا بأنهم يحتجون بحجج واهية لا أصل لها في الشريعة الإسلامية منها مصلحة الدعوة فساد المجتمع غير المنتمي إلى جماعتهم ....إلخ .
(3) سورة المائدة الآية 49

ـ ((وقد نفى ا تعالى الإيمان وأصبغ صفة الكفر على من لا يحكم بمـا أنزل ا وذلك في قوله تعالى)) (1) : **ومن لم يحكم بمـا أنـزل ا فأولئـك هـم الكافرون** (2) .

ـ ورغم اختلاف علماء المسلمين في معنى هذه الآية وما بعدها من الآيات وخاصة أهل السنة إلا أننا فهمنا من اختلافهم هذا معان كلية نلخصها فيما يلي :

<u>المعنى الأول</u> : إختاف العلماء المفسرون هل كلمة الكفر الواردة فـي هـذه الآية معناها لغوي يعني به العصيان أم شرعي يعني به الخروج من الملـة , فعلمـاء الأصول والفروع إصطلحوا على التعبير بلفظ الكفر عن الخروج من الملة وما ينافي دين ا الحق .

غير أنهم يقولون بأن الكفر نوعان (كفر دون كفر) ودليلهم عن هذا التقسيم هو ما نقل عن إبن عباس (رضي ا عنه) في قوله : ((الكفر دون كفر، وظلم دون ظلم، وفسق دون فسق)) وروي أيضا عن الشعبي أن الآية الأولى والثانية ويعني بها الآية الخامسة والأربعين السالفة الذكر والسادسة والأربعين في قوله تعالى : **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسن بالسن والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له، ومن لم يحكم بما أنـزل ا فأولئك هم الظالمون** (3) .

---

(1) رشيد رضا <u>تفسير المنار</u> دار المعرفة بيروت ، لبنان، ج 6 ص 03

(2) سورة المائدة الآية 45.

(2) سورة المائدة الآية 46 .

نزلتا في اليهود والنصارى ويعني بها قوله تعالى : **وقفينا علـى آثـارهم بعيسى إبن مريم مصدقا لما بين يديه من التوراة وءاتيناه الإنجيل فيه هدى" ونور و مصدقا لما بين يديه من التوراة وهدى" وموعظة للمتقـين ولـيحكم أهـل الإنجيـل بمآأنزل ا فيه ، ومن لم يحكم بمآ أنزل ا فأولئك هم الفاسقون** (1).

نزلت في النصارى قال صاحب تفسير المنار ((وهذا هو الظاهر ولكنه لا ينفي أن ينال هذا الوعيد كل من كان مثلهم، وأعرض عن كتابه إعراضـهم عـن كتـبهم، والقرآن عبرة يعبر بها العقل من فهم الشيء إلى مثله)) (2).

و قد جاء بأمثلة كثيرة نقلت عن الصحابة والتابعين وجاء بـردودهم عـن السائلين مثل ما ورد عن حذيفة لما قيل أمامه أن هذه الآيات نزلـت علـى اليهـود والنصارى فأجاب :((نعم الإخوة لكم بنو إسرائيل إن كان لكم كل حلوة ولهـم كـل مرة)) (3) .

ـ هذا في عهدهم ولو عاشوا إلى عصرنا لما قالوا هذا أصـلا مـا دام اليهـود إعتصموا بتوراتهم عقيدة وشريعة علانية واستولوا على الأراضي الإسلامية بحجج أن ما وجدوه في نصوصها من أرض ميعاد وهيكل سليمان وغيرهما من النصوص الغير الثابتة في القرآن أصلا ثم النصارى إسـتطاعوا أن يـضللوا، المـسلمين بالمقولـة المشهورة على لسان أغلب المثقفين منهم وهي : (فصل الدين عن الدولة)

---

(1) سورة المائدة الآية (46 و 47) .
(2)رشيد رضا تفسير المنار دار المعرفة بيروت ، لبنان، ج 6 ص 403.
(3)رشيد رضا تفسير المنار نفس المصدر السابق ج 6 ص 403 .

يؤدي إلى التقدم العلمي والصناعي والتكنولوجي وكأن الإسلام شخص يمنع التقدم بأعماله ويدعو إليه بنصوصه، لكنهم في سرهم متمسكون بدينهم المحرف وينشرونه في العالم ويبذلون قصارى جهدهم وينفقون نسبة عالية جدا من دخلهم، ويكرسون واقع عقائدهم وقوانينهم بالقوة العسكرية الإقتصادية والسياسية ويقاطعون كل من يرتد عن ملتهم ويعد إلى أصالته بل يحاربونه بكل ما يملكون (1) وفي الجهة الموازية نجد المسلمين (2) ينكرون دينهم نكرانا، ويرفضون أحكامه إجمالا، ويقاتلون كل داعية إليه عدوانا، وقلدوا اليهود في علانيتهم التعصب بتوراتهم لكن خالفوهم اختلافا، فهم تمسكوا واعتصموا، والمسلمون تركوا وتفرقوا، وأعلنوا ذلك جهارا بقصد جلب رضا النصارى والنجوم أقرب إليهم من رضاهم .

المعنى الثاني : لم يختلفوا أصلا فيمن جحد الأحكام القطعية سواء كان راعيا أو من الرعية بأنه خارج من الملة المحمدية، وقد وافق أهل السنة المذاهب الإسلامية الأخرى في تكفير كل محرض على الحكم بما أنزل ا بالجحود وعدم الاذعان له مؤثرا لغيره عليه فهو كافر به قطعا، ويتساوى في هذا الحكم الحاكم والمحكوم .

---

1) لم يكتف النصارى بقطع علاقاتهم مع الدول الإسلامية التي ألغت كل القوانين الوضعية ورجعت إلى تطبيق الشريعة الإسلامية بل أعلنت عليها الحرب إما مباشرة أو غير مباشرة ومن أمثلة ذلك جمهورية إيران الإسلامية فقد هاجمتها القوات الأمريكية جوا وبحرا عدة مرات، واستطاعت أن تشعل نار الحرب بينها وبين العراق والمملكة السعودية وجمهورية مصر العربية بعد أن عقدتها سريا بواسطة مخابراتها بالتعاون مع حلفائها الغرب، وإسرائيل ودامت هذه قرابة إثنتي عشرة سنة أتت على الأخضر واليابس وهدمت الدولتين إقتصاديا وسياسيا وعسكريا حتى وصل الأمر بإسرائيل إلى أن تهاجم المفاعل النووي العراقي في وضوح النهار بواسطة الطيران الحربي وخربته تخريبا كليا .

(2) أعني بالمسلمين حكاما ومسؤولين لا الشعوب المغلوبة على أمرها والتي ما فتئت تطالب بتطبيق الشريعة الإسلامية في بلدانها ليل نهار، لكن الرد يكون عادة بالتقتيل الجماعي أو الزج الكلي في زنزانات معدة خصيصا لهذا الأمر لا أقول من حكام المسلمين وحدهم ولكن أقول بواسطة الهيئات الفنية والإختصاصية للدول الغربية أو الشرقية وإذا فلتت الأمور منها إستخدمت الجيوش والأسلحة الفتاكة لإعادة الأمر إلى ما كان مثل ما وقع في أفغانستان وباكستان والسودان وهلم جرا .

- إلا أنهم إختلفوا فيمن فرض عليه الحكم بغير ما أنزل الله، خاصة في دار الحرب (1) **فمنهم من أوجب الهجرة منها، لأنها تستدعي ذلك من باب الضرورات لكن عليه بالعمل قدر الإستطاعة لتوفير الشروط الضرورية لتحكيم الشريعة الإسلامية على المسلمين .**

- وفي هذا الواقع المستحدث نرى من الضروري سرد الواقع المعاش في كثير من البلدان الإسلامية التي تطبق القوانين الوضعية المنقولة عن الدول النصرانية والإلحادية في أوطانها وعلى مواطنيها بحجة الضرورة السياسية والضغوط الدولية وغيرها من الحجج الوهمية في نظري .

- إن أغلب الدول الإسلامية التي إستقلت منذ سنين لا زالت متمسكة بتطبيق القوانين الوضعية للدول المستعمرة إلا بعضها مما يتنافى والإستقلال الوطني كالأوامر العسكرية، والمراسيم الخاصة التي صدرت بغرض مقاومة الثورات التحريرية .

- وقد يقال أن هذه الدول لا تطبق بعض القوانين على رعاياها كقانون الأحوال الشخصية والإجابة عن هذا السؤال هو أن هذه القوانين كانت تطبق على الرعايا حتى في عهد الإستعمار (2).

---

1) دار الحرب بلاد غير المسلمين التي لم يحكم فيها شرع ا ولو كانوا غير محاربين حسب القاعدة **المشهورة في ذلك وهـي :**{ من لم يعاهدنا على السلم يعد محاربا }.

2) لقد ظهرت طائفة من الناس في بعض دول المغرب العربي تطالب بإلغاء العمل بالقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية وخاصة منها ما كان مستمدا من الشريعة الإسلامية، وهو أمر لم يقع حتى في عهد الإستعمار، ولا حتى من المستعمر وسيأتي علاج هذه الظاهرة لاحقا.

لكون قوانينهم تنص على أن النـزاعات في الأحوال الشخصية يطبق عليها حالة الأشخاص الأصلية أو الدينية، وسنبين الأسباب العامة والخاصة لهذه الظاهرة في الفصل الأخير من هذا البحث .

وقد أورد هذا الإشكال صاحب المنار قائلا : ((وقد أستحدث كثير من المسلمين من الشرائع والأحكام نحو ما استحدث الذين من قبلهم وتركوا الحكم بما أنزل ا علـيهم، فاللذين يتركون ما أنزل ا في كتابه من الأحكام من غير تأويل يعتقدون صحته يصدق عليهم ما قال ا تعالى في الآيات الثلاثة أو في بعضها كل حسب حاله، فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة والقذف أو الزنا غير مذعن له لاستقباحه إياه وتفضيل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعا ومن لم يحكم به لعلة أخرى فهو ظالم، إن كان في ذلك إضاعة الحق أو ترك العدل والمساواة فيه، وإلا فهو فاسق فقط)) (1).

هذا النص المفسر لحالة المجتمع الإسلامي اليوم مع ما فيه من توضيح وفهم صحيح لأوضاعه, إلا أننا نضيف إليه مفهوم معارضة المصلحة للكتاب عند العلماء والإحترازات على هذا المفهوم .

أن هناك المصلحة الموهومة التي لا تستند أصلا إلى دليل منه، وهناك مصلحة تعارض نصا قاطعا ومصلحة إستنبطت من النصوص بغير علم أو سوء ظن

- فأما النوع الأول فهو مؤسس على إتباع الهوى والأوهام ولا مجال لتوضيح ذلك ما دمنا قد بينا حرمة إتباع الهوى في المصالح والمفاسد - أما النوع الثاني : وهو أخطر حسب رأيي من الأول وهو واقع في مجتمعنا بل هناك قوانين مطبقة منذ سنين تخالف صراحة النصوص القطعية و منها القوانين المالية التي تجيز التعامل بالربابين المؤسسات المالية والأفراد و كذالك الحكم بالسجن على الزاني و الزانية بدلا من الجلد و الرجم.(2)

---

1)رشيد رضا تفسير المنار نفس المرجع السابق ، جزء 6 ص 405

2)عقوبة الزنا في القانون الجزائري حسبما نصت عليه المادة 339 ق ع ج هي { سنة إلى سنتين حبسا، وعقوبة الزوج من ستة أشهر إلى سنة } . وهذا الحكم منقول عن القانون الفرنسي جملة وتفصيلا مواد 337 و339 مع العلم أن هناك قوانين لا تعاقب أصلا على الزنا مثل القانون الإنجليزي وأعظم من ذلك أن مؤتمر لاهاي الدولي التاسع لقانون العقوبات المنعقد في 1964/08/30 أوصى بعدم تحريم الزنا مطلقا .

وغير ذلك من القوانين المخالفة للنصوص القطعية وهـي منظمـة للحيـاة الإجتماعية للمسلمين في بلادهم, وسنبين ذلك في الفصل الأول الأسس العامة التي بني عليها وهي كلها أسس باطلة، وإذا كان الأساس باطلا فما بني عليه باطل لا محالة .

ـ والنوع الأخير هو الأهم, حيث أن هنـاك إجتهـادات مـن غيـر ذوي الإختصاص أو غير موافق لعلم أصول وقواعد الشريعة الإسلامية، وهذا هو الإشكال الموجود في بعض المسائل المطروحة حاليا على المجتمع الإسلامي، ومثاله ما يعرف بالإجتهادات المخالفة لإجماع الأمة، وتأويل النصوص وما أشبه ذلك خاصة إذا علمنا بأن التشريعات الوضعية تناقش في البرلمان وأعـضاء هـذه الهيئـات جلهـم غيـر متخصص حتى في العلوم القانونية أضف إلى ذلك أن هذه القوانين يـصادق عليهـا حسب الأصوات بالأغلبية وعادة تقترح من الحكومات التي ترى المـصلحة بمنظـار الفلسفة الأخلاقية ونظرياتها المذكورة سالفا .

2) أن تكون المصلحة غير مخالفة لنصوص السنة الصحيحة :

ـ تكون المصلحة معارضة لنصوص السنة إذا كان الحديث صحيح السند والمتن وهو المجال الذي نتكلم فيه، ونعني بالمخالفة مخالفة النص بالرأي ومعارضـة الحكـم لا الإجتهاد في النصوص الظنية وفق قواعد علم أصول الفقـه، فهـذا مجالـه شـرعي ومنهاجه محدد وشروطه مقررة لا يرد عنها أحد، لكن يخالفه إذا إجتهد المجتهد برأيه ثم وقف على نص من السنة وجب عليه الرجوع إلى النص كما قرر ذلك إبـن القـيم الجوزية رحمه ا بقوله : ((الرأي الباطل أنواع أحدهما الرأي المخالف للنص، وهذا مما يعلم بالإضطرار من دين الإسلام فساده وبطلانه، ولا تحل الفتوى به ولا القضاء،

وإن وقع فيه من وقع بنوع تأويل وتقليد)) (1) .

و قد أورد في كتابه إعلام الموقعين فصلا بأكمله حرم فيه الإفتاء في دين ا تعـالى بالرأي المتضمن لمخالفة النصوص أو الذي لم تشهد به النصوص واستدل رحمـة ا عليه بشواهد من كتاب ا تعالى كقوله : **فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعـون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هـدى مـن ا ، إن ا لا يهـدي القـوم الظالمين** (2).

---

1)ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1955م، ج 1 ص 67 وقد بين أقسام الرأي الثلاثـة الباطـل والصحيح والمشتبه .

2) سورة القصص الآية 50

فقال معلقا عما سبق تقريره : ((فقسم الأمر إلى قسمين لا ثالث لهما، إمـا الإستجابة والرسول وماجاء به، وإما إتباع الهوى فكل ما لا يأت به الرسول فهـو هوى)) (1) .

ـ ويعني به العقائد والعبادات وأما أمور الدنيا فقد قرر فيها رسـول ا (ص) حرية الرأي بما لا يخالف الشرع عموما، في قوله : ((أنتم أعلـم بأمور دنياكم)) (2) .

ـ ولكن ذلك لا يمنع حرمة الـضرر بـالغير، أو الإسـراف ومـا شابههما فإن ذلك منصوص عليه بالنهي الأكيد .

ـ ومن الآثار الواردة عن الصحابة (ر) ما رواه الإمام الشافعي في كتابه (الرسالة) بسنده عن عمر (ر) أنه قال : ((أذكر ا امرا سـمع مـن النبي في الجنين شيئا؟، فقام حمل بن مالك النابغة فقال : ((كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح، فألقت جنينا ميتا فقضى فيه رسول ا بغرة، فقال عمر : لو لم أسمع فيه لقضينا بغيره، قال الشافعي بعد ذلك معلقا عما ذكر : فقد رجع عمر عما كان يقضي به، لحديث الضحاك إلى أن خالف نفسه، وأخبر في الجنين أنه لو لم يسمع هذا لقضي بغيره)) (3) .

----

(1) إبن القيم إعلام الموقعين نفس المرجع ص 47 .

(2) إبن القيم إعلام الموقعين نفس المرجع ص 47.

(3)الشافعي محمد إدريس الرسالة، مطبعة البابي الحلبي ، مصر ،1940 ص428 .

ـ ومما يؤكد وجوب إتباع هذا المنهج هو ما كان يقضي به عمر بن الخطاب وتابعه كثير من الصحابة في مسالة تقسيم دية اليد على الأصابع عند الإعتداء على صاحبها بقطعها, فقد كان رضي ا عنه يجعل خمسة عشر من الإبـل في الإبهام وفي كل من السبابة والوسطى عشرا لكل منهما على حدى، وفـي التي تلي الخنصر تسعا، وفي الخنصر ستا، وصار من بعده الصحابة علـى هذا الحكم حسب إجتهاد عمر رضي ا عنه الذي جعل الدية حسب المنفعـة لكل أصبع حتى وجد عند عمر وابن حزم الكتاب الذي أرسله له رسـول ا صلى ا عليه وسلم ومكتوب فيه أن كل أصبع بعشر من الإبل فترك النـاس كلهم عن قضاء عمر ومن سار عليه من بعده وعادوا إلى حكم ما كتبه رسول ا (صلى ا عليه وسلم) (1)

ـ وهذا يدل على وجوب إتباع سنة الرسول (ص) الصحيحة ولـو ظهر رأي إجتهادي مخالف لحكمها لأن المصلحة الحقيقية هي ما جـاء بهـا الشرع، والسنة عند الأصوليين مصدر ثاني لها ولا يمكن أن تكون المصلحة في غيرها، وقد يقول قائل هل مخالفة فتوى الخلفاء الراشدين أمر جائز عندكم حتى تتجرأوا بهذا القول؟ والجواب أننا قد بينا أن عمر (ر) خالف نفسه رأيه بمجرد علمه بحكم رسول ا (ص) في كثير من المسائل، وهذا دليل على أنه لا يرضى برأيه المخالف للسنة الصحيحة مطلقا، خاصة إذا ثبت أنه لم يسمع بالحديث الذي روي عن رسول ا (صلى ا عليه وسلم) في تلك المسألة .

----

(1) الشافعي إختلاف الحديث، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ص 18 وما بعدها بتصرف .

ـ وما يقال عن الخلفاء الراشدين يمكن أن يقال عن الأئمة الفقهـاء، وقد بين كثير منهم أن الإختلاف الوارد في فتاويهم وكتبهم لم يخـالف الـسنة مطلقا بل فيها ترجيح لما هو أصـح عنـدهم مـن الـصحيح عنـد غيـرهم والمنصوص عليه في القرآن أولى مما ذكر في السنة حسب منهجهم في تقرير الأحكام، ومن أمثلة ذلك مسألة ترك التغريب في حد الزنا لغير المحصن .

ـ فالحنابلة والشافعية قالوا بـجمع بين الجلد والنفي لمدة سنة لمسافة تقصر فيها الصلاة (1) لقوله عليه الصلاة والسلام :

((خذوا عني فقد جعل ا لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريـب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم)) (2) .

قال المالكية : ((يغرب الرجل سنة، أي يسجن في البلد التـي غـرب إليها، ولا تغرب المرأة خشية عليها من الوقوع في الزنا مرة أخـرى بـسبب التغريب)) (3) .

وقد فصل العلماء في هذا الإختلاف, فبينوا أن الحنابلـة والـشافعية أخذوا بظاهر الحديث المذكور فأقروا التغريب مع الجلد، وأما الحنفية فأخـذوا بظاهر الكتاب في قوله تعالى : ((الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ..)) (4)

و هو مبني على أصولهم أن النص بالزيادة نسخ وأن القرآن لا ينسخ بأخبار الآحاد، ودعوا ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب أنه جلد ولم يغـرب مما يدل على أن التغريب يخير فيه الإمام إذا رأى مصلحة فيه قضى بـه وإلا تركه لكونه ليس من الحد المقرر في القرآن .

ـ وأما المالكية فخصصوا التغريب وجعلوه في الرجال فقـط لكـون المرأة يحرم عليها السفر بدون محرم بصريح النص (5) .

---

(1) وهبة الزحيلي، ا الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، 1991، ج 6 ص 39

(2) أخرجه الإمام مسلم ج 3 ص115 دار المعرفة بيروت لبنان .

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار المعرفة بيروت ط 6 1403 هـ الموافق 1983م، ج 2 ص 436

(4) سورة النور الآية 02

(5) وهبة الزحيلي، ا الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، 1991، ج 6 ص 36 وما بعدها بتصرف و لذلك جعلوا التغريب للذكور دون الإناث .

فإذا ثبت هذا فإنه لا يوجد حكم مخالف للسنة عندهم وإنمـا هنـاك إجتهاد وفق الأصول الشرعية لكل جزئية، ولم يقل واحد منهم ولا غيرهم بأن الجلد ليس حدا كما هو معلوم في عصرنا هذا، بل ما قاموا به كلـه خدمـة للمصلحة التي تقضي على الفساد وللإمام أن يأخذ بـأي رأي يـراه صـالحا للمجتمع سواء بالتغريب أو بالجلد دونـه، وإذا علمنـا أن المالكيـة عنـدهم التغريب يفرض فيه السجن فأن ذلك لمصلحة المجتمع الذي ينفي من وسـطه فردا أصابه مرض على الأقل لمدة سنة حتى يزول المنكر الذي كان بـسببه في عقول الكثير وسنحال هذه الجزئيات أكثر في المبحـث الأول مـن هـذا الفصل الأول .

3) أن تكون المصلحة غير مخالفة للقياس الصحيح .

ـ بعد أن بينا مفهوم المصلحة في الشريعة الإسلامية وحقيقتها التي تنفـي مخالفتها للنصوص الشرعية الواردة في القرآن والسنة الصحيحة, ننتقل إلى الـشرط الثالث وهو عدم مخالفتها للقياس الصحيح .

وقد عرفه العلماء بأنه ((إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر آخـر منصوص على حكمه للإشتراك بينهما في علة الحكم)) (1) .

ـ ولذلك إذا حدث أمر ولم يعرف حكمه رده المجتهد إلى نصوص الكتاب والسنة بالقياس إذا وجد علة مشتركة بينهما وإلا بحث عن ذلك في المصالح المرسـلة التي يشترط فيها العلة ولكن ينظر إلى ما أقره الشرع بمفهومه الواسـع مـن جلـب المنافع ودرء المفاسد .

ـ فإذا كان هذا التعريف يكفي لمعرفة شرعية القياس, فإن هذا يؤدي بنـا إلى تقرير المصلحة الموافقة له ورفض ما يخالفه لكونه ليس بالمصلحة الحقيقية وإنما قد تكون وهمية .

---

(1) أبو زهرة أصول الفقه ص 218 المرجع السابق.

ـ ولسنا بصدد تعريف القياس وأركانه وأقسامه ومفهوم العلة التي هي من أهم أسسه وذكر إختلاف العلماء فيه لأن ذلك يطول، وإنما نحاول أن نحـدد مفهـوم المصلحة وعلاقتها بالقياس دون التدخل في مجالات أخرى تطيل البحث وتحول بـين ما نريد أن نصل إليه وهو فهم شروط المصلحة التي على أسسها تتحقق غاية العقوبة في الشريعة الإسلامية، وهو الموضوع الذي من أجله عزمنا على كتابة هذه الشروط حتى نصل إلى المقصود .

ـ وقد قرر العلماء في كثير من بحوثهم أن القياس هو مراعاة مصلحة في الفرع بناء على مساواته للأصل في علة حكمه المنصوص عليه في الكتاب أو الـسنة الصحيحة .(1)

ـ وقد إختلف العلماء في جواز إجراء القياس في جميع الأحكام الـشرعية ولكل فريق حججه لا أرى فائدة في ذكرها (2) .

إلا أننا نعلق على هذه الأراء فنقول :

((إن الإستدلال العقلي في كل ما تنتجه براهين المنطق قائم على الربط بين الأمـور بالمماثلة الثابتة فيها, ليتوافر الشرط في إنتاج المقدمات لنتائجها, وأن هذه المماثلـة لا تنتج نتائجها إلا بالإعتماد على البديهة المقررة الثابتة، وهي التماثل يوجب التساوي في الحكم)).

---

(1) رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية 1396 هـ مؤسسة الرسالة، ص 218 .

(2) عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية دار إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ط1985 ج 1 ص 182 بتصرف.

ـ ولـقد جاء في القرآن الكريم كثير من هذه الأحكام منها قوله تعـالى :

أفلم يسيروا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم، دمر الله عليهم وللكافرين أمثالها . (1)

ـ فالحكم الأصلي هنا عقاب الجاحدين لآيات الله تعالى وعلة العقـاب هـو الكفر وكل فرع يستوجب حكم الأصل مادام إشتراكهما في العلة ثابـت، فكـل كـافر يعاقب على نفس العلة التي هي الكفر.

ـ وقد ثبت القياس في إجازة النبي (ص) لمعاذ بن جبل عندما سـأله بمـا تقضي؟ قال أقضي بكتاب الله ، قال فإن لم تجد؟ قال أقضي بسنة رسول الله (ص)، قال فإن لم تجد؟ قال : ((أجتهد رأيي, فأقره (ص) على الإجتهاد المطلق الذي هو إحالـة الفروع على الأصول، وهو القياس بعينه)). (2)

ـ وكذلك الصحابة لما تشاوروا في حد شارب الخمر قال علي (ر) أنـه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى قذف، فحده حد القاذف, وواضح من هـذا أن علي (ر) قاس حد الشارب على حد القاذف.(3)

ـ ولهذا فإن المصلحة إذا خالفت القياس فهي مفسدة لا يعتـد بهـا لكـون مخالفة القياس يعنى مخالفة النصوص ما دامت هذه الفروع أحكامها مـن الأصـول، فمخالفة الفرع يعني مخالفة الأصل .

4) ألا تكون المصلحة سببا في تفويت منفعة أهم منها :

ـ سبق أن بينا في البحوث الماضية أن كل الأحكام الشرعية التـي نـص عليها في الكتاب والسنة هي مصالح ثابتة حقيقية، وإن اختفت علـى بعـض الـذين أغشاهم الهوى وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا.

---

(1) سورة محمد الآية 10

(2) أبو زهرة أصول الفقه ص 218 مرجع سابق ..

(3) بد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي دار إحياء التراث العربي بيروت 1985، ص 219 ج ... وما بعدها بتصرف .

ـ وبينا أيضا أن المصلحة التي يريدها الإسلام ليست بإتفاق العقلاء وإنمـا هي المصلحة الحقيقية التي تعم كل الحياة بشطريها العاجل والآجل, لذلك نجد فقهـاء الشريعة الإسلامية قد قرروا وبالإجماع ((أن الـشريعة جـاءت لحمايـة المـصالح الإنسانية الحقيقية الثابتة واعتبرت الإعتداء عليها جريمة توجب العقاب أو بعبارة أدق جاءت العقوبات المختلفة لحمايتها إما بنص قرآني أو حديث نبوي صحيح أو تقـدير ولي الأمر العادل الذي يستمد من القرآن والسنة سلطانه، وينفذ أحكامه، وما لا نـص فيه منها يقاس الحكم على ضوء ما جاء فيها من نصوص)) (1).

ـ غير أن هناك بعض الإشكالات حول هذا الموضوع نوضحها فيما يلي :

ـ قد تتعارض مصلحتان، فيستوجب حينذاك التفضيل بينهما فكيف يكون ذلك

ـ ((حقيقة أن تعارض المصالح أمر وارد في بعض الحالات، وتعارضـهما يـؤدي حتما إلى تفويت إحداهما لنيل الأخرى، ولا شك أن هذا الأمر ليس بالجديد بـل هـو معاش في الماضي وموجود في الحاضر وسيبقى في المستقبل مما يدل علـى وجـود أحكام شرعية له، ومن أمثلة ذلك وجوب ضرب الكفار إذا تترسوا بأطفال المـسلمين ونسائهم وجعلوا ذلك سبيلا للإستلاء على أرض المسلمين أو بقائهم فيمـا سـلبوا لأن ضربهم ضرورة، ولو كان ذلك يؤدي إلى قتل بعض المسلمين من الأسرى رغم عدم قصد ضرب المسلمين، وأقر الفقهاء على وجوب الدية للمصيب مـن المـسلمين ولا كفارة على قاتله الغير قاصد)) (2).

---

(1)أبوزهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي وما بعدها بتصرف دار الفكر العربي بيروت ، لبنان، ص 29 بتصرف .

(2)وهبة الزحيلي، ا الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج 6 ص 424 .

ـ ((إذن فالتعارض بين المصالح المقررة شرعا قائم ومحل الوقوع لا محالـة لكن هذا التعارض لا ينصب على المصالح ذات الأهمية المتساوية، بل وقوعه حتمـا بين مصالح متفاوتة في الأهمية مما يستوجب تفضيل ما هو أهم عن المهم وهو عـين الصواب الذي أقره علماء الشريعة الإسلامية في بحوثهم)) .(1)

ـ فلو فرضنا أن مصلحة حماية النفوس تعارضت مع مصلحة حماية الدين وجب تقديم حفظ الدين عن النفس لأهميته, حيث خسارة النفس تعني مفارقة الحياة الدنيويـة، لكن لا مفر من الحياة الأخروية التي لا موت فيها مطلقا، مما جعل الجهاد في سـبيل ا فرض ولولاه لما انتشرت دعوة الإسلام ولما بلغ للإنسانية من الجزيرة العربية إلى كل القارات، ولبقي العذر لكثير من الأمم على بقائها على الكفر بل أكثر من ذلك لو لم يفرض الجهاد لقضي على دعوة الإسلام في عقر دارها .

ـ وصدق ا العظيم إذ يقول في محكم تـنـزيله : **هو الذي أرسل رسـوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله وكفى با شهيدا** .(2)

قال الإمام الزمخشري (3) في تفسيره لهذه الآية : ((..... ليظهره (ليعليـه) (علـى الدين كله) على جنس الدين كله، يريد الأديـان المختلفـة مـن أديـان المـشركين والجاحدين من أهل الكتاب ولقد حقق ذلك سبحانه فإنك لا ترى دينا قط إلا والإسـلام دونه العز والغلبة ....)) (4).

---

(1) الشاطبي الموافقات، طبعة صبيح، مصر ، ج 2 ص 18 .

(2) سورة الفتح الآية 8 .

(3) هو الإمام أبي القاسم جار ا محمود الزمخشري الخوارزمي توفي عام 538هـ من أهم كتبه الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل .

(4) الإمام الزمخشري الكشاف دار الفكر ج 03ص 550 .

ـ وكذلك عند تعارض مصلحة حفظ النفس مع حفظ العقل وجب تقـديم حفـظ النفس على العقل، من أبرز الأمثلة على ذلك حكم المضطر على شرب الخمر إذا لـم يجد الماء، فإذا أحس بهلاك نفسه وجب عليه شرب الخمر قدر الضرورة وهـو أمـر معلوم لا نرى لزوم توضيحه .

ـ وما يقال عن هذين المثالين يقال عن بقية التعارض بين الكليات الخمس حسب ترتيبها كما بينا سابقا .

ورعاية هذه الكليات وفق الترتيب المذكور مجمع عليه نقلا وعقلا، ويتم حسب الحال بالوسائل العلمية في الحياة الناس المعروفة عند علماء الـشريعة الإسـلامية حـسب مراتب المصالح وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات .

ـ فضرورة الإستشهاد لحماية الدين من العابثين مقدم على غيره وضرورة إيجاد الغذاء لحفظ النفس من الهلاك مقدم على ما دونه، وضرورة تحـريم الخمـر قليلهـا وكثيرها مقدم على ضرورة إباحة المعاملات المالية لكسب المال وحفظه .

كل هذه الضرورات في مرتبة واحدة لحماية الكليات الخمسة عند عدم التعارض بينها, أخذا بمبدأ التدرج وفق الترتيب السابق .

ـ أما الحاجيات فهي مرتبة ما دون الضروري، كالحاجة إلى التمتع بالطيبـات لحفظ النفس من الهلاك وغيرها، وتتعلق هذه الحاجيات بما يتم الضروريات عمومـا, لكن إذا ظهر أن الضروري لا يتم إلا بها إرتفعت إليه وألحقت به حكما ولو لم تـذكر وتصنف معه لأن ما لا يتم الضروري إلا به فهو ضروري .

ـ ومن أمثلة ذلك إزالة المناكر المقدور على إزالتها .

ـ فالنهي عن المناكر واجب على كل المسلمين بإجماع الأمة بدليل قول ا تعـالى :

كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكـر وتؤمنـون با . (1)

وقوله صلى ا عليه وسلم ((من رأى منكم منكرا فلغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)) . (2)

ـ غير أننا عند تطبيق هذا النص في الحياة العملية نجـد أمـورا كثيـرة تـستدعي التفصيل والتمحيص حتى لا نـقع في منكر أعظم من المراد إزالته.

ـ ويمكن لنا حصر هذا الإشكال في التصور الشامل على النحو التالي :ـ

إن تغيير المنكر الذي لا يتسبب عن تغييره منكر آخر, واجب على كل مسلم في أيـة ظروف وعدم تغييره إثم يعاقب عليه التارك, إلا أن إعتبار التغيير واجب دون النظـر إلى نتائجه والقول بأن الواجب المأمور به يطبق بغض النظر عن نتائجه حكم مخالف لمقصد الشارع نقلا وعقلا ولا منازع في ذلك قط والأمثلة على ذلك كثيرة لا تحصى يستحسن أن لا تذكر ما دامت معلومة عند العامة والخاصة .

---

(1) سورة آل عمران الآية 110 .

(2) أخرجه الإمام مسلم ،الجامع الصحيح دار المعرفة , بيروت , لبنان , ج 1 ص 50 وذكره إبن رجب الحنبلي البغدادي ,جامع العلوم والحكم الحـديث 34 ,ص 389 دار إبن حزم 1424 هجرية.

- فالذي لا يحسب النتائج لا يمكن أن يعرف المقدمات, لذلك لا يجوز تغيير المنكـر ممن لم يتيقن بأنه لا يرتكب محرما أثناء تغييره له وإلا كان عمله غير شرعي ومنهى عنه كالذي أراد تغييره .

- أما إذا علم بأن المنكر المراد تغييره تنتج عنه مناكر أخطر منه, فترك الأخف أولى من إرتكاب الأخطر، خاصة إذا تيقن المغير من ذلك, لأن قصد الشارع من وجـوب النهي عن المنكر هو التقليل من المفاسد وليس الزيادة

- وإذا تساوى المنكر المراد تغييره بنتيجته فإنه من باب الأولى تركه .

المصالح المرسلة ومدلولها

تعريف المصالح المرسلة :

هي: (**كل منفعة داخلة في مقاصد الـشارع دون أن يكـون لهـا شـاهد بالإعتبار أو الإلغاء**) .(1)

- **وثبت من هذا التعريف ما يلي :**

- أن المصالح المرسلة إذا بينها الشارع بالنص أو بالإجمـاع أو بالقيـاس وجب إتباعه وذلك في سائر أعمال المسلمين .

- أما إذا سكت عنها، أي إذا كانت الأدلة الشرعية لم تبين المصلحة في أمر من الأمور الغير التعبدية جاز التحقيق عنها والتعليل بها .

- ونعني بالتعليل, ربط الحكم بالمعنى المناسب لـه والملائـم لتـصرفات الشرع وفق مقصده ويبني عليه الحكم الذي يقتضيه، وذلك هو معنى نـص التعريـف (كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع ......) (2).

----

(1) البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة الطبعة الرابعة 1402هـ ص 330.

(2) البوطي ضوابط المصلحة ص 330 مرجع سابق .

ـ غير أن الأخذ بهذا الدليل ليس مطلقا بل مقيد بشروط أساسية هي :

الشرط الأول : أن تكون المسألة المجتهد فيها من مسائل المعاملات، بحيـث تركتـز المصلحة فيها على المعقول الموجه بالضوابط الشرعية .

الشرط الثاني : أن توافق المصلحة محل التعليل روح الـشريعة أي عـدم معارضتها لأي دليل شرعي وهو نص التعريف (..... دون أن يكـون لهـا شـاهد بالإعتبار أو الإلغاء). (1)

ـ ـ فإذا اعتبر الشارع مصلحة ما, وجب إتباعه لأن ما هو منصوص عليه بدليل عال به دون غيره حسب الترتيب الثابت للأدلة الشرعية .

الشرط الثالث : أن تكون المصلحة حاجية يستوجب علاجها وإيجـاد حكـم شرعي لها لحاجة الناس لتلك المصلحة في حيـاتهم, وبعبـارة أخـرى أن لا تكـون المصلحة من الكماليات غير المعتبرة لحد الضرورة .

ـ ومن أمثلة الأحكام الفقهية المبنية على هذا الدليل هي :

1) جواز سجن المتهم بالسرقة لغرض كشف المال المسروق عنـد الإمـام مالك، وأجاز أصحابه ضربه لنفس الغرض، ولغرض آخر وهو زجر أمثالـه بهـذا التعزير, لكن إتفقوا على عدم الأخذ بإقراره في حد السرقة إلا الإمام سحنون فإنه قال بصحة هذا الإقرار، (2) غير أن المعني المذكور في كتبهم لكلمة " السارق" لها مـدلول شرعي يمكن فهمه كالآتي :

ـ إما أن يكون الشخص المجيز سجنه معروف لدى العامة بالـسرقة, فهـذا النوع يسجن ما دام مشهود عليه بتلك التهمة مسبقا, خاصة إذا حكم عليه بحد سـابق، كل هذا من باب المصلحة الضرورية وهي حفظ أموال الناس مـن هـؤلاء الفـسدة، والحبس أخف من ضرر سلب الأموال .

---

(1) البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية نفس المرجع السابق ص 330 .

(2) الشاطبي الإعتصام، دار المعرفة ط 1405هـ ج 02 ص 121.

ـ وإما الإقرار لا يؤخذ به في الحد عند المالكية ما عدا سحنون فإن الحـد تسقطه الشبهة، ولو كان ذلك الإقرار متبوع بكشف المال، لأن كشف المال لا يعنـي الملك لأحد بالقطعي, والحد لا يقام إلا بالقطع وحتى رأي سـحنون يمكـن أن يفهـم بالإقرار وظهور المال المسروق عند المتهم بالسرقة وثبوت ملكيته للمـسروق, فقـد يؤدي هذا إلي القطعي في بعض الحالات، كل هذا التوضيح يدل علي أن الحبس لغير متهم معتاد الجرائم قد يؤذن به شرعا لا بنص قطعي ولا بدليل آخر، وكذلك الضرب ومن قال بجوازه علي العموم فهو إلي الخطأ أقرب لكون ذلك يعني فتح بـاب حـبس البريء وتعذيب المشكوك فيهم بدون وجه حق. (1)

---

(1) رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية نفس المرجع السابق ص 119 وما بعدها .

الفصل الأول
أساس العقوبة و تقسيمها في الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الوضعي

المبحث الأول :أساس العقوبة فى الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائى الوضعي

المطلب الأول : تعريف العقوبة .

ـ **العـقوبة لـغـة** : الجزاء عـن السوء، قـال ابـن منظـور ((العقـاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سوءا، والإسم العقوبة)) (1) .

ـ ويقال أيضا للجزاء بالخير عقاب, مثل فلان أعقبه ا خيرا بإحسانه بمعنى عوضه وأبدله بعد الإحسان خيرا قال الشاعر النابغة الذبياني :

ـ من أطاع فأعقبه بطاعته كما أطاعك وأد على الرشد.

ـ قال الشيخ عبد ا البستاني أن العرب تقول: ((أعقب الرجل، جازيته بخير، وعاقبته جازيته بشر، فأطلق على الجزاء بالخير عاقبة وعلى الجزاء بالشر عقاب)) (2) .

ـ وأضاف بطرس البستاني في القاموس المحيط ((أن العقوبة هي ما يلحق الإنسان من المحنة بعد الذنب في الدنيا وقد تختص العقوبة بالتعزير، وقد تختص بعقاب الآخرة وتطلق العقوبة على الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الدنيا باعتبار المدنية)) (3)

ـ والعقب، والعاقبة هي الآخرة ومنه قوله تـعالى : ولا يخاف عقبٰهـا (4) .

----

(1) إبن منظور، لسان العرب ، دار بيروت ، لبنان بدون تاريخ المجلد الأول ص 211 وما بعدها .

(2) عبد ا البستاني اللبناني، معجم البستان المطبعة الأمريكية بيروت ، لبنان ص 1619 .

(3) بطرس البستاني، القاموس المحيط، دار مكتبة لبنان المجلد 2 ص 1436 .

ـ وأيضا أبي منصر محمد بن أحمد الأزهري ، معجم تهذيب اللغة مكتبة لبنان الجزء الأول ص 280 .

(4) سورة الشمس الآية (15) .

التعريف الشرعي للعقوبة

معاني العقوبة في القرآن الكريم : جاءت كلمة العقوبة في القرآن الكريم مرادفة لكلمة العقاب، وذكرت في ثمانية وثلاثين موضعا، تارة في شكل خبر يتضمن الوعيد الأخروي لمن عصى ا تعالى وذلك بعد ذكر الأمم الغابرة والــتي عاقبها ا تعالى لعصيانها عقابا دنيويا إضافة إلى العقاب الأخروي كتخويف للعباد لغرض ترك المعاصي وتارة أخرى تأتي في شكل الجزاء العادل ضد المعتدي، وفيما يلي سرد لبعض هذه الآيات مع أقوال المفسرين حول مفهومها .

ـ قال تعالى : سل بني إسرائيل كم آتيناهم من آية بينة ومن يبدل نعمة ا من بعد ما جاءته فإن ا شديد العقاب (1) .

ـ قال الإمام القرطبي في قوله تعالى: فإن ا شديد العقاب (2) خبر يتضمن الوعيد والعقاب مأخوذ من العقب كأن المعاقب يمشي بالمجازاة له في آثار عقبه، ومنه عقبة الراكب (3)، وعقبة القدر (4) فالعقاب والعقوبة يكونان بعقب الذنب، وقد عاقبه بذنبه (5) .

ـ ومما هو متفق عليه عند علماء التفسير أن عقاب الآخرة يكون حـسب الأفعال المنهى عنها والمرتكبة في الدنيا، أو الأوامر المتروك فعلها، وكـأن المخالف للنهي يعود إلى زمان الفعل ليجازى عليه وبعد أن تعـاد الـصورة التي كان عليها في تلك اللحظات المتلبس فيها بفعله أو بتركه الأمر .

و منها قوله تعالى : كدأب آل فرعون والذين من قـبلهم كـذبوا بآياتنـا فأخذهم ا بذنوبهم وا شديد العقاب (6) .

---

(1). (2) سورة البقرة الآية (211) .

(3) عقب الراكب : الموضع الذي إعتاد الركوب منه ـ ـ لكونه كلما أراد الركوب عاد إليه

(4) القدر : موضع الرد للشئ كمن له صندوق يكنز فيه ماله.

(5) عبد ا القرطبي، الجامع لأحكام القران دار الكتب المصرية ، طبعة مصورة عنها دار الكتاب العربي 1338 ج 2 ص 28

(6) سورة آل عمران الآية 11

ـ فالعقاب في هذه الآية كان نتيجة لذنوبهم بعد أن اعتادوا على إتيان ما نهوا عنه، وهو التكذيب بآيات ا .

ـ وقد يأتي العقاب أيضا في صيغة وعيد مجمل لمن ظلم أو تعـاون علـى الظلم أو تعدى على الغير وذلك في قوله تعالى : يأيها الذين آمنوا لا تحلوا شعائر ا ولا الشهر الحرام ولا الهدي ولا القلائد ولاءآمين البيـت الحـرام يبتغون فضلا من ربهم ورضوانا، وإذا حللتم فاصطادوا، ولا يجرمنكم شنآن قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا، وتعاونوا على البر والتقـوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا ا ، إن ا شديد العقاب (1) .

ـ فقد أمر ا بالتعاون على البر والتقوى، والبر التوسع في الخير، والتقوى إتقاء كل ما يضر صاحبه في دينه ودنياه، فعلا أو تركا .

ـ أما كلمة (العدوان) فيعني بها تجاوز حدود الشرع والعرف في المعاملة والخروج عن العدل (2).

ـ قال الإمام الرازي : في بحثه في معنى الآية: واتقوا ا إن ا شـديد العقاب (3)، المراد به التهديد والوعيد، يعني إتقوا ا ولا تستحلوا شيئا من محارمه إن ا شديد العقاب ولا يطيق أحد عقابه (4).

----

(1) سورة المائدة الآية 2.

(2) رشيد رضا تفسير المنار دار المعرفة بيروت ، لبنان بتصرف. ج 6 ص 129

(3) سورة المائدة الآية 2.

(4) أبو بكر الجصاص الرازي، التفسير الكبير دار الكتاب العربي بيروت ، لبنان ج 11 ص 132 الطبعة الأولى .

ـ وقد وردت العقوبة في القرآن مع الرحمة وهو ما يسمى عنـد علمـاء التفسير بالتخويف والترجية ويوصف ا تعالى نفسه بأنه سريع العقاب، وهو غفور رحيم ورغم أن ا تعالى موصوف بالإمهال وأن العقـاب فـي هـذه الآيات السالفة هو عقاب الآخرة إلا أن علماء التفسير يرون أن هذا التعبيـر يفهم من وجهين :

الوجه الأول : إن كل آت قريب، ولذلك ،فإن قوله: إن ا شديد العقاب (1) يعني به العقاب الآخروي الذي ذكـره في مواضع أخرى بهذا المعنى، حيث قال وما أمرنا إلا واحدة كلمح بالبصر (2) .

ـ وقال أيضا : إنهم يرونه بعيدا ونراه قريبا (3) .

الوجه الثاني : قد يكون ا تعالى سريع العقاب لمن استحقه فـي دار الـدنيا فيكون تحذيرا لمواقع الخطيئة على هذه الجهة (4) .

ـ هذه الآيات التي ذكرناها ذكرت العقوبة عموما ويفهم منها عذاب الآخـرة وقد يدخل في مفهومها العقاب الدنيوي خاصة الآيات التـي ذكـرت الأمـم السابقة حيث أصابهم ا بعذابه في الدنيا وتوعدهم بالعقاب في الآخرة .

ـ وسننتقل الآن إلى سرد بعض الآيات التي ذكرت العقوبة كـرد للإعتـداء الواقع من الغير ومنها قوله تعـالى : وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عـوقبتم به (5) .

---

(1) سورة المائدة الآية(3).
(2)سورة القمر الآية (50).
(3)سورة المعارج الآيتان(5و6) .
(4) أبو عبد ا محمد القرطبي الجامع لأحكام القرآن دار الكتب المصرية ، طبعة مصورة عنها دار الكتاب العربي 1338. ج 6 ص 158 ،159.
(5) سورة النحل الآية(126).

ـ وقال أيضا : ذلك ومن عاقب بمثل ما عوقب به ثم ُبـغـِـي عليـه لينصرنه ا إن ا لعفو غفور (1) .
ففي الآيتين السالفتين ثبت تحريم العقاب بغير اعتداء، وكذلك التجاوز فيه وهو ما فصل في آية أخرى في قوله تعالى : فمن إعتدى عليكم فاعتـدوا عليـه بمثل مـ ـا إعتدى عليكم ، واتقوا ا واعلموا أن ا مع المتقين (2) .
ـ قال ابن العربي ((وهذا دليل على أن لك أن تبيح من أباح دمك، وتحل مال من استحل مالك، ومن أخذ عرضك فخذ عرضه بمقدار ما قال فيك)) (3) وفي ذلك تفصيل :
ـ أما من أباح دمك فمباح دمه لك، لكن بحكم الحاكم لا بإستطالتك وأخذك لثأرك بيدك، ولا خلاف فيه .
ـ وأما من تمكنت من ماله بما ليس من جنس مالك فاختلاف العلماء، فمنهم من قال لا يؤخذ إلا بحكم الحاكم، ومنهم من قال بتحري قيمته بأخذ مقـدار ذلـك وهو الصحيح عندي (أي : ابن العربي) (4).
ـ وأما من أخذ عرضك فخذ عرضه ولا تتعداه إلى أبويه ولا إلى إبنه أو قريبه (5).

---

(1) سورة الحج الآية (60) .
(2) سورة البقرة الآية(194).
(3) وهو ما يعرف بمبدأ شرعية العقوبة من حيث النص عليها وكيفية تطبيقها والسلطة المختصة بذلك .
(4) هنا نفي لحد السرقة لوجود شبهة الملك كما تقرر في الفقه، إضافة إلى إدعاء حق معتدى عليه ولذلك تنفي الجريمة وينتفي معها العقاب
(5) ومعناه أن لا يتهمه بما ليس فيه ولو كان الجاني قد إتهمه، فمن قال للإنسان أنت كاذب جاز له رد التهمة بنفس اللفظ، ولكن من قال له أنت زان، لا يرد عليه بذلك لأنه معصية .

لكن ليس لك أن تكذب عليه وإن كذب عليك فـإن المعـصية لا تقابـل بالمعصية (1) .

ـ وظهر من هذا التفصيل الوافي, أن العقوبة في التعزير يجـب أن لا تتعدى مقدار الضرر الذي لحق بالشخص أو المجتمع، وسيأتي تفصيل ذلك في أنواع العقوبات.

---

(1) إبن العربي، أحكام القرآن دار المعرفة بيروت ، لبنان ج 01 ص 113،112.

تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي :

ـ ((العقوبة جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهي عنه وترك ما أمر به)) (1).

ـ وهذا الجزاء هو علاج ضروري للشذوذ الذي يحـدث لـدى أفـراد المجتمع المنحرفين عن الفطرة محدثين أضرارا للمجتمع .

ـ والعقوبة في ذاتها ناتجة عن إتيان فعل منهى عنه، أو ترك فعل مأمور به شرعا وتحصل إذا ارتكبت الجريمة بأركانها الثلاثـة، الـركن المـادي، والركن الشرعي والركن المعنوي (2) مع انعـدام أسـباب الإباحـة وموانـع المسؤولية .

ـ وإذا تأملنا في مفهوم العقوبة نجد أنها أذى ينزل بالجاني زجـرا لـه، فالقاتل الذي تسبب في إزهاق روح إنسان عند قتله أضر بالقاتل إضافة إلـى إلحاقه ضررا بالمجتمع من حيث إنقاص فرد منه، غير أننا إذا تمعنا بتبـصر لاحظنا أن هذا الضرر سبقه ضرر أخطر منه، وهو الإعتداء على حق الحياة ظلما وعدوانا، وإذا لم نعالج هذا المشكل تصبح حياة الناس كلهم في خطر ولا بد لنا من إيجاد حل لها يضمن مصلحة المجتمع .

ـ ولذلك نجد كثيرا من العلماء نظروا إلى العقوبة من ناحية المـصلحة، فعالجوها من باب درء المفاسد، وجلب المصالح وهو أمر متفق عليـه بـين أصحاب النظريات الوضعية وتحليلات علماء الشريعة الإسـلامية، إلا أنهـم إختلفوا من حيث المنهج الذي به تتحقق النتيجة .

---

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية ، دار احياء التراث العربي بيروت ، لبنان الطبعة الرابعة سنة 1405 هـ ـ 1985 م ج 1 ص 209.

(2) أبوزهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي دار الفكر العربي بيروت ، لبنان ج 1 ص 353.

- وفيما يلي بعض التعريفات الفقهية للعقوبة مع التحليلات النظرية لها ليتسنى لنا بعدها المقارنة بين آراء كل الفريقين .

- فقد سماها الفقهاء حدودا لكونها مانعة من إرتكاب أسبابها و حدود ا محارمه .

- ومما يؤيد هذا التعريف والتعليق عليه تعريف الحد عند جمهور الحنفية حيث عرف الحنفية الحد بأنه ((عقوبة مقدرة واجبة حقا تعالى)) (1) .

- وعند الجمهور الحد هو : ((عقوبة مقدرة شرعا)) (2) .

- ومن التعريفات الشاملة للعقوبة، التعريف الذي أورده عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي بقوله: ((العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع)) (3).

- ولا شك أن هذه التعريفات تتميز عن بعضها البعض، وأهم هذه التميزات، حسب ما نراه هو من حيث تعميم التعريف وتخصيصه ، فمن أصحاب التعريفات من اعتبر العقوبة كجزاء عن مخالفة أمر الشارع عموما سواء كانت هذه العقوبات محددة في الكتاب أو السنة أو الإجماع ، وهي ما تسمى بعقوبة الحدود أو غيرها مقدرة في الشرع وترك أمر التقدير لولي الأمر أو المجتهدين حسب ظروف الحال والأحوال وفق مبادئ الشريعة، وتسمى عقوبة التعزير، فمن سار على هذا الرأي تبني مصلحة الجماعة من العقوبة سواء كانت مقدرة كالحدود، أو غير مقدرة كالتعازير.

---

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر بيروت ، لبنان ج 6 ص 12 ط 1991.

(2) و هبة الزحيلي مرجع سابق جزء 06 ص 12 .

(3) عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية مرجع سابق ج 1 ص 609.

ـ أما الفريق الثاني و هم الأئمة الأربعة فهو يخص العقوبة بالحد دون غيره من عقوبات التعزير لأن التعزير عندهم تأديب وليس عقابا وهو قول جمهور الفقهاء.

ـ وهذا الإتجاه يتمثل في تعريف الحد عند الحنفية والجمهور معا(1).

و رغم إتفاقهم على هذا الرأي إلا أنهم إختلفوا في مضمون خصائص الحد .

فالحنفية قالوا : ((إن الحدود ما ثبت بالقرآن الكريم)) (2) .

و لذلك قرروا أنها خمسة فقط : حد الزنا، حد شرب الخمر، حد السرقة، حد قطع الطريق وحد القذف، مع العلم أنهم لم يجعلوا القصاص مـن الحـدود لكونه حقا للعباد وعندهم أن الحدود حق تعالى فقط، إلا أن بعضهم أضاف حدا سادسا رغم عدم تحديد عقوبته في القرآن، وهو حد السحر .

ـ أما الجمهور الفقهاء غير الحنفية فاتفقوا على أن الحد شرعا هـو عقوبـة مقدرة سواء كانت حقا تعالى أو كان فيها حق للبشر مع حق ا ، واعتبـر معظمهم الحدود ثلاثة عشر ومنهم من اقتصر على سبعة فقط (3).

---

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق جزء 6 صفحة 13 ، 14 بتصرف .

(2) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة وزارة الأوقاف ، مصر الطبعة الخامسة ، بدون تاريخ ج 5 ص 8

(3)نفس المرجع السابق ص 7،8.

التعريف القانوني للعقوبة :

- عرف أغلب علماء القانون الجنائي العقوبة في العصر الحـديث بأنهـا : الجزاء الذي يوقع على مرتكب الجريمة لمصلحة المجتمع .

- وأصول هذا التعريف القانوني يعود إلى المدارس الجنائية القديمة والحديثة حيث لم يخرج عنها رغم الخلاف الشديد بينهما .

- وهذه المدارس إنقسمت إلى رأيين في تعريفهما للعقوبة، **التعريف الشكلـي والتعريف الموضوعي :**

- فأنصار التعريف الشكلي يعرفونها حسب شكلية النصوص بالتعريف التالي : ((العقوبة هي النتيجة القانونية المترتبة كجزاء علـى مخالفـة النـصوص التجريميـ ـة والتي تطبق بإتباع الإجراءات الخاصـة بالـدعوى الجنائيـة وبواسطة السلطة القضائية على من ثبتت مسؤوليته عن الجريمة)) (1).

- ومن خصائص هذا التعريف أنه يشترط صفتين في العقوبة وجوبا وهما : **الشرعية والمساواة** .

- ويعني بالشرعية عند هذا الفريـق خـضوع التجـريم للـنص الجنـائي المنصوص على العقوبة قبل توقيعها وأثناء سريان هذا النص طبقا للقواعـد المعمول بها في العقاب, ومن هذه القواعد نجد القاعدة المشهورة ((**لاجريمـة ولا عقوبة أوتدابير أمن بغير قانون**)) (2).

---

(1) مأمون محمد سلامة قانون العقوبات (القسم العام) دار الفكر العربي بيروت - لبنان الطبعة الرابعة ص 615 .

(2)نص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري الصادر في 1966/06/08 المعدل و المتمم .

- وكذلك نص المادة ((**لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ماكـان منه أقل شدة))** (1)..

وقد توسعوا في شرح هذه القواعد عند التطبيق، فاشـترطوا عـدم تطبيـق عقوبات مغايرة للنص التجريمي للفعل عند ثبوت المسؤولية الجنائية، حيث لا بد من تطبيق كل عقوبة مقررة للجريمة، ولا يجوز التعدي على الحد الأقصى ولا النزول على الحد الأدنى بحجة الردع ، لكون حرية القاضي ليست مطلقة وفق النظرية الشكلية بل مقيدة بالنصوص .

- **أما الصفة الثانية التي هي المساواة** : فيعني بها تطبيق العقوبة على كـل من ثبتت مسؤوليته في الجريمة دون استثناء، وهو ما يعرف بعمومية العقاب، وفندوا النقد الموجه إلى نظريتهم فيما يخص سلطة القاضي في تطبيق العقوبة من حيث اختياره الحد الأقصى والأدنى حسب الظروف الخاصة بكل جريمة، وكذا الظروف الإجتماعية لكل جان، حيث أن هذا المبدأ هو المساواة بعينهـا وهو العدل المحض ما دامت الظروف هي التي يؤخذ بها .

وقد وجهت إنتقادات شديدة لهذا الإتجاه أهمها **:**

- أن العقوبة ليست مجرد نتيجة قانونية لكل من خالف النصوص التجريمية بل هي حالة إجتماعية لها مميزاتها من حيث ردع الجاني وتقويمـه ووقايـة المجتمع من خطره, إضافة إلى كونها تمس الإنسان في حريته وماله وشـرفه وهذه الأمور كلها مقدسة تستوجب الدراسة والتحليل لا مجرد شكليات متبعـة عند إقتراف خطأ فتطبق على المخطئ .

---

(1)نص المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري الصادر في 1966/06/08 المعدل و المتمم .

ـ إن العقوبة تصيب الإنسان ولا يمكن لنا أن نغفل عن حاله والأسباب التي جعلته يفضل الإنحراف عن الحالة الإجتماعية السليمة.
ـ ومن هذه الإنتقادات نشأت النظرية الموضوعية في تعريف العقوبة، غيـر أن أصحاب هذه النظرية ذهبوا في هذا التعريف الآتي ذكره إلى إتجاهـات مختلفة نذكر أهمها :

- الرأي الأول :

ـ يعرف العقوبة على أنها ((إنتقاص أو حرمان من الحقـوق الشخـصية للمحكوم عليه)) (1).
ـ واعتمدوا في شروحهم لهذا التعريف على مبادئ موضوعية نلخصها فـي النقاط التالية :
ـ إن العقوبة أذى يصيب الجاني في حقوقه الشخـصية، رغـم أن قـانون العقوبات يحمي هذه الحقوق ، غير أن صاحب هذه الحقـوق تعـدى علـى مصلحة المجتمع المحمية قانونا فكانت العقوبة رد فعل هذا المجتمع للحفـاظ على أمنه .
ـ إن الجاني قبل عقابه تعدى على نصوص شرعية وهذا الإعتداء هو عبارة عن تمرد على الدولة التي من مهامها حماية المجتمع ومـصالحه الأساسـية والجوهرية، ولذلك فالعقوبة هي وسيلة لتأكيد سيادة القانون، وليست تعويـضا للضرر الإجتماعي ويقرون - أي أصحاب هذا الرأي - بأن العقوبـة لابـد وأن تكون معادلة لخطر الجريمة، وهو ما يعرف بتعادل أذى الجريمـة مـع أذى العقوبة .

---

(1) مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام) مرجع سابق ص 615 .

ـ وخلاصة هذا الإتجاه أنه يقرر أن العقوبة يجب أن تؤدي وظيفة عامة هي تأكيد سيادة القانون.

- الرأي الثاني :

ـ يرى أنصار هذا الإتجاه أن العقوبة هي ((إنقاص أو حرمان للمحكوم عليه من بعض حقوقه الشخصية لغاية معينة وهي مكافحة خطر إرتكـاب جـرائم جديدة من قبل الجاني ذاته أو بقية الأفراد الآخرين المخاطبين بأحكام القانون الجنائي)) (1) .

ـ وبني أصحاب هذا الرأي تعريفهم على أمرين هما :

الأمر الأول : إن العقوبة صفة وقائية لمنع إرتكاب جرائم في المستقبل للفاعـل نفسه أو لغيره، فللفاعل جزاء مانع للعودة ولغيره تهديد بالجزاء .

الأمر الثاني : أن تطبيق العقوبة لابد وأن يقترن بجسامة الخطر الإجرامي في المستقبل أكثر منه بالواقعة الإجرامية المعاقب عليها .

ـ وخلاصة هذا الرأي أن العقوبة يجب أن تؤدي وظيفة مكافحة الإجرام .

---

(1) مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام) مرجع سابق ص 615 .

الرأي الثالث :

ـ ويعرف العقوبة بأنها : ((إيلام يوقع على مرتكب الجريمة وبسببها)) (1) .

ـ ويخالف هذا التعريف سابقه بأنه يرى أن الأذى أو الإيلام مقصود بذاته وبه تتحقق العدالة التي هي قيمة أخلاقية وليس تأكيدا لسيادة القـانون الـذي تبرز فيه نظرية الإنتقام أكثر من الإيلام، ويـشترطون-أي أصـحاب هـذا الرأي- لتأكيد هذه النظرية في العقوبة أن تتوافر فيها الصفات الثلاث :

أ ـ القصاص : الذي يعتبر عندهم هدفا أساسيا لكونه مقابلة الجاني بمثـل ما إرتكب

ب- الإيلام : والذي يعتبرون العقوبة بدونه تناقضا في القول وهو عنـدهم أذى يلحق بالجاني مماثلا للأذى الذي قام به .

ج- الشخصية: في العقوبة لغرض تحقيق العدالة في جوهرهـا حيـث لا عقوبة إلا على مرتكب الفعل .

و ما يلاحظ في التعريفات السابقة أنها تعبر عن المدارس الجنائية الثلاثـة كما سيأتي .

ـ ويمكن إستنادا إلى ما تقدم أن نعرف العقوبة تعريفـا شـاملا بجانبهـا الشكلي والموضوعي وهو : ((العقوبة هي الجزاء الـذي يقـره الـشارع ويوقعه القاضي على مرتكب الجريمة)) .

---

(1) مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام) دار الفكر العربي بيروت ، لبنان الطبعة الرابعة ص 615

ـ وهذا التعريف الذي نراه بعد سردنا لنظريـات الوضـعية مبنـى علـى الإعتبارات التالية :

(1) - العقوبة جزاء :

و الجزاء في العقوبة يعتبر صفة أساسية لها ويستحيل الجزاء علـى غيـر الجريمة التامة بأركانها الثلاثة: الركن المادي، الـشرعي والمعنـوي، بعـد الإدانة القضائية، وهو يتمثل في الأذى الذي يصيب الجاني فـي حريتـه، أو ماله أو بدنه، حيث تتميز به العقوبة عـن غيرهـا مـن الوسـائل الوقائيـة والإحتياطية، إضافة إلى كونه عاملا أساسيا مؤثرا في تقليل الإجرام عند العلم به مسبقا, فيقل الإقدام على الأفعال المحرمة والذي قام بفعل محرم ينـ ـزجر بالعقوبة فلا يفكر في العودة.

(2) توقيع الجزاء عن طريق السلطة القضائية المختصة (1)**:** وهـذا مبـدأ مهم لكونه يقلل من الإضطراب الإجتماعي، حيث لو عوقب كل جـان مـن طرف المجنى عليه لوقع غلو من هذا الأخير لحقده على المعتدي, ولأصـبح العقاب ثأرا متتاليا لا نهاية له ولزاد الفساد كلما وقع عقاب، ولـذلك وجبـت العقوبة بالحكم من جهة قضائية مستقلة بعد الإدانة .

ـ ورغم التقارب بين التعريفين الشرعي والقانوني إلى أن هنـاك إختلافـا جوهريا نلخصه في هذه المقارنة :

---

(1) مأمون محمد سلامة قانون العقوبات (القسم العام) مصدر سابق ص 621.

- إن الشريعة الإسلامية في تعريفها للعقوبة ركزت على الشمولية والعمـوم لكل ما يضر بمصالح المجتمع وما يوفر له الأمن والإستقرار, حيث أبـرزت قيمة التربية قبل الزجر بقصد حماية المجتمع من كل آفـة قبـل أن تنتـشر الرذيلة،وذلك واضح في تعريفها السابق للحد الذي هو المنع من المعصية أو في بعض كتب اللغة الحاجز بين الشيئين إذ قال إبن تيمية رحـــــمه ا : ((الحدود في لفظ القرآن و السنة يراد بها الفصل بين الحلال و الحرام ... و أما تسمية العقوبات المقدرة حدا فهو عرف حادث)) (1).

- و لذلك نجد المشرع بدأ بتحريم أسباب التقرب إليها وهـي ظـاهرة فـي القرآن الكريم كقوله تعالى : تلك حدود ا فلا تقربوها (2).

- وهذا ما يعرف باسم الوقاية من الجريمة، لكون كل من اقترب مـن فعـل محرم أوشك أن يسقط فيه، والأمثلة على هذا في الشريعة الإسـلامية كثيـرة نذكر منها على سبيل المثال .

- مبدأ تحريم الخلوة بالأجنبية، وهو مبدأ يبعد كل ضعيف الصبر على إتيان جريمة الزنا وذلك إذا علمنا أن الخلوة سبب في إرتكاب فاحشة الزنـا ممـا جعلها محرمة لتفادي الوقوع في الجريمة، وكذلك فـرض الحجـاب علـى المؤمنات لإتقاء فتنة التبرج وإثارة غريزة الرجال.

---

(1) تقي الدين أحمد إبن تيمية , فتاوي الكبرى ج 28 ص 347 , مكتبة المعارف الرباط .
(2) سورة البقرة الآية 187 .

ـ أما القانون الوضعي, فهو يحرم أفعال سبق وأن أضرت بالمجتمع، فحـدد لها عقوبة لمصلحة الجماعة لكون المشرع الوضعي لا يعرف مسبقا الأفعـال التي تضر المجتمع بل يتعرف عليها عند وقوعها وحتى لا تنتشر في المجتمع مما يؤدي إلى إستحالة معالجتها بالعقوبة أو بغيرها، وهذا هو عيب القـانون الوضعي وضعفه أمام الإنحرافات الخطيرة في المجتمع وبقائهـا لحـد الآن بدون علاج فعال .

إضافة إلى أن الشريعة بحكمتها السالفة الذكر والتي لم يصل إليهـا القـانون الوضعى إلى حد الساعة عالجت الإجرام حسب الخطر، فشددت في المفاسـد التي تضر بالمجتمع وفرضت فيهـا حـدودا، وتركـت الجـرائم الأخـرى للإجتهادات الفقهية حسب تطور المجتمع وحالته الأمنية وهـو مـا يعـرف بالتعازير إلا أن القانون الوضعي لم يخضع لهذا المبدأ الضروري ولكن نادى به الفلاسفة المعتدلون كما سيأتي، وحاول التشديد في بعض الجرائم لكن وفق مفهومه الوضعي فجعل قسما خاصا سمي بالجنايات متبعا المنهج الـشرعي، غير أنه أخفق لأسباب موضوعية سنذكرها لاحقا إن شاء ا .

ـ وسنحدد مميزات الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون الوضعي في المطلب الثالث من المبحث الثاني إن شاء ا .

المطلب الثاني : مشروعية العقوبة و غايتها في الكتاب و السنة .

ـ مشروعية العقوبة في الشريعة الإسلامية منصوص عليها في الكتاب أو السنة المطهرة بنصوص صريحة لا غبارعليها في الحدود الخاصة ونصت على تحريم بعص الأفعال التي تضر بالمجتمع وتركت تحديد العقوبة لولي الأمر حسب مصلحة المجتمع ، و من حكمته تعالى أن شرع لعباده العقوبات على الجرائم الواقعة بينهم و ذلك سواء على النفس أو البدن أو العرض أو المال كالقتل و القذف و السرقة وغيرهم.

كل ذلك لغاية محددة و هي الردع و الزجر حتى يأتمن الناس عن حياتهم و أموالهم و أعراضهم كما بين علماء الإسلام الأسس العامة للعقوبة في الشريعة الإسلامية و هي :

جلب المصلحة ودفع المضرة التي تنشأ عن الجريمة، واتفق علماء الشريعة الإسلامية على أن هذا الأساس نفسه هو أساس التجريم، وعللوا هذا الرأي وفق إعتبارات عديدة أهمها :

ـ أن التجريم للفعل في الشرع يعني حرمته وبذلك يصبح منهيا عنه بسبب المضرة التي تنتج عنه، وكل فعل مجرم فيه إيذاء للأفراد والمجتمع فقد حرم ا تعالى الخمر لما ينتج عنه من أضرار معلومة للإنسان والمجتمع على الأموال و الأبدان و العقول فإذا إنتهى الناس عن شرب هذا المحرم فلا عقاب لهم لكون الجريمة لم تقع، ولكن من إنحرف عن الصواب وارتكب المنهى عنه قاصدا الإضرار بنفسه أو بغيره دون إكراه كان لا بد من زجره ليتأدب بهذا الزجر ما دام لم ينفع معه النهي الشرعي، ولذلك فأساس العقاب هو نفسه أساس التجريم في الشريعة الإسلامية.

ـ ولهذا نجد أساس التجريم في حقيقته هو جلب المصلحة بطريقة غير مباشرة, فعندما حرم الشارع الحكيم تناول الخمر ونهى عن شربها إنما كان ذلك جلبا للمصلحة والمنفعة للأفراد والمجتمع، ما دام ذلك يؤدي حتما إلى المحافظة على أموال الناس وأبدانهم وعقولهم من الضرر، فكل هذه المنافع معلومة بداهة مما يجعل الإقرار بهذا الأساس الشرعي ضروريا وإعتباره الأساس الأصلي للعقوبة.

ـ وقد تأثر بعض العلماء الباحثين في ميدان التـشريع الجنـائي الإسـلامي بنظريات الفلاسفة الغربيين، حيث إكتفوا بذكر أساس العقوبة فـي خلاصـة وجيزة أقروا فيها بأنها تحقيق العدل والتكفير عن الذنب وتوصلوا في بحوثهم إلى أن العدل يقتضي وجوبا جزاء المجرم على جريمته بعقوبة لا تتجاوز في شدتها جسامة الجريمة وهذه العقوبة عندهم هي التكفير عـن الـذنب, وهـي النظرية التي تبناها الغرب في القرون الوسـطى وسـميت بنظريـة الـردع والتكفير، والشريعة الإسلامية بريئة منها وسنوضح هذا الخطأ لاحقا إن شـاء ا .

ـ غير أن هذا الفريق يناقض أقوالهم في نتائج بحوثه ويتوصل إلى نتائج معاكسة لتحليلاتهم ويقر بأن أساس العقوبة هو حماية المجتمع من الأضرار التي تنتج عن الجرائم وهو أمر متفق عليه بين الباحثين في العلوم الجنائية في الغرب بعد الثورة الفرنسية وتقرير مبدأ حرية الرأي وسميت بالنظرية الحديثة للعقوبة كما سيأتي ذكره وهو أمر أقره علماء المسلمين عبر العصور .

ـ وقد إخترنا من بين الأراء المختلفة في أساس العقاب الرأي الذي جعل المصلحة هي أساس العقاب، وهذا لاعتبارات هامة نلخصها فيما يلي :

ـ لقد ثبت بالإستقراء أن العقوبة في الشريعة الإسـلامية مبنيـة علـى أسـاس المصلحة الحقيقية التي تبناها الشرع وقد وضح ذلك الإمام الغزالي بقـ ـ ـوله ((إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصـلاح القـصد فـي تحـصيل مقاصدهم ممكننا, ونعني بالمصلحة المحافظة على مقاصد الشرعية الخمسة للخلق وهي أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم وعقولهم وأموالهم، ونسلهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفـسدة، ودفعها مصلحة)) (1) . ـ ولذلك نجد إجماع العلماء علـى أن هـذه الأمـور الخمسة هي الأصول المعتمد عليها في الحياة البشرية، وهي الأسـاس فـي الشرائع عامة سواء كانت دينية أم وضعية غير أن الشريعة الإسلامية حاربت الإعتداء عليها بعقوبة كفيلة لمنعها واختلفت التشريعات الوضعية فـي كيفيـة العقاب عليها رغم أنها جعلتها أساس لتشريعاتها ، كما بين علمـاء الـشريعة الإسلامية المباديء العامة للعقوبة نلخصها فيما يلي :

---

(1) ابو حامد الغزالي المستصفى مطبعة مصطفى محمد مصر ج 1 صفحة 288

مبادئ العقوبة في الشريعة الإسلامية .

- والمبادئ الشرعية وإن كانت لها تطبيقاتها تكمن في مجال العقوبات الشرعية لكونها مرتبطة بمقاصد الشرع التي هي حفظ الدين والنفس والمال والنسل والعقل وكل ما هو مساس بهذه المقاصد الثابتة إلا وله حد في الكتاب أو السنة، لكون المحافظة على هذه المقاصد ضروري للمجتمع وإن هدمت هدم كيانه، وأما المضار الأخرى فلها مقاييس تتبدل وفق ظروف الحال والأحوال حسب فائدة المجتمع ومصالحه، وهو ما يعرف بالتعزيرات، ولنا عودة لذلك في موضوعه.

- ومن أهم الخصائص النفسية للشريعة الإسلامية, خاصية التربية التدريجية في تشريعاتها, حيث لم يفرض ا تعالى التوقف على المحرمات الضارة بالإنسان مرة واحدة، ولكن من حكمة ا تعالى العالم بطبائع خلقه أنه تدرج في تشريع أحكامها وذلك في كثير من مجالات الحياة القائمة أثناء فترة الرسالة الإسلامية، وحتى أتم ا دينه بأحسن أسلوب تربوي فريد من نوعه ولم يفرض الإسلام بالقوة، ولا بقساوة العقوبات بل تقبلته الطبائع السليمة طوعا بلا عناد ولا مشقة، لذلك نجد بعض العلماء يرون التدرج في التشريع مبدأ أساسيا في الشريعة إلا أن التمعن الجدي في نصوصها يجد أنه من خصائصها لا مبدأ من مبادئها, لكونها تمت منذ خمسة عشر قرنا، فلا يعاد تطبيقها بالتدرج ولكن يمكن إصلاح المجتمع بالتدرج وفق أحكامها أي بتربية أفراد المجتمع وتبصيرهم بفوائد العمل بالأحكام الشرعية وإظهار عواقب الأمور بتركها.

وأهم مبادئ العقوبات في الشريعة الإسلامية هي :

1 مبدأ الرحمة :

من أهم الأهداف التي تبنتها الشريعة الإسلامية في مسلكها, إصلاح النفوس وتهذيبها والعمل على سعادة الجماعة البشرية حيث لم تدع سبيلا لهذا الغرض إلا أتخذته وحثت على اتباعه ولذلك نجدها قائمة على مبادئ ثابتـة ومتميزة عن غيرها، ومن أهم هذه المبادئ الرحمة، والرحمة لغة تدل علـى الرقة والعطف والرأفة والمغفرة ومعنى الرقة هوالإحسان إلى الغير.

ـ والرحمة في التشريع الإسلامي تعني الإحسان فـي كـل الأحـوال ولكـل المخلوقات (1) ونجد ذلك في الحدود من حيث تدرج التشريع فيها وأثر التوبة على مرتكبها سواء قبل وصول الخبر إلى الحاكم أو بعده (2) وكذلك التأجيل والتعطيل في بعض الحالات ودرء الحدود بالشبهات، فمن حيث تدرج التشريع نجـد أن تحريم الخمر كان بالتدريج فلم يحرم إلا بعد الهجرة، وكانـت الآيـات القرآنيـة المكية تبين مضاره وقلة منافعه ثم تحريم الصلاة على من كان في حالة سكر إلى أن أنزل قوله تعالى في سورة المائدة : يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميـسر والأنصاب والألزام رجس من عمل الشيطان فأجتنبوه لعلكم تفلحون (3).

---

(1) يدل على ذلك حديث رسول ا (صلى) { إن ا كتب الإحسان في كل شيئ ....} الحديث أخرجه الترميذي في كتاب الديات حديث رقم 1413 دار ابن حزم سنة 2002 .

(2) هناك حد تجوز فيه التوبة بعد علم الحاكم وهو حد الحرابة كما سيأتي توضيحه فيما بعد.

(3) سورة المائدة الآية (92).

ـ وقد كان حد الخمر في عهد الرسول صلى ا عليه وسلم فـي شـكل تأديبي أكثر منه عقوبة، حيث كان يضرب السكران بالأحذية وغيرهـا فـي وسط المسلمين لكي يكون له ذلك حاجزا معنويا عن العودة إلى تناوله وكذلك التوبة وأثرها في الحدود، فقد إتفق الجمهور على أن التائب من الحـد قبـل وصول الخبر إلى الحاكم يعفى عنه سواء كان حـد الـسرقة أو القـذف أو غيرهما، وأما بعد وصول الأمر إلى الحاكم ففيه خلاف (1) .

---

(1) إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار المعرفة بيروت ط السادسة 1403 هـ الموافق 1983م، ج 2 ص 439.

ـ وأما التأجيل والتعطيل فقد ثبت عن رسول ا صلى ا عليه وسـلم فـي قصة الغامدية بسبب الحمل والرضاعة وكذلك المريض الذي يرجى برؤه (1).
إضافة إلى تأجيله إذا كان الحر شديدا أو شدة البرودة .
ـ وأما التعطيل فهو تأجيل الحد عن مرتكبه في دار الحرب وفي وقته إلـى حين عودة الجيوش إلى دار الإسلام حيث تجب إقامته (2) .
ـ وقد خالف هذا الرأي فريق من العلماء مـنهم الإمـام مالـك والـشافعية وغيرهما (3) .
ـ ومن أهم مظاهر الرحمة درء الحدود بالشبهات، ونحن نعرف مدى التشديد في إثبات كل الحدود عموما والزنى خصوصا، حيث يـستحيل إثباتـه إلا إذا تعمد الجاني على الكشف عن نفسه، ورغم ذلك فإن الشريعة السمحاء حرمت إقامة الحد بمجرد وجود شبهة والخطأ في براءة الفاعل خير من الخطأ في حد البريء .

2مبدأ عدم رجعية العقوبة :

ـ لقد ثبت هذا المبدأ بنصوص قطعية كلها تدل على أن ا تعالى لا يؤاخـذ الناس إلا بعد أن يرشدهم رحمة منه بهم كما قال تعالى : وما كنا معـذبين حتى نبعث رسولا (4).
قال الشيخ بن عاشور : ((وهذا إستقصاء في الأعذار لأهل الضلال زيادة على نفـي مؤاخذتهم بإجرام غيرهم والمقام مقام إعذار وقطع الحجة)) (5).

---

(1) الإمام مالك، المدونة دار صادر مطبعة السعادة 1323 هـ ج 10 ص 291.
(2) المغنى والشرح الكبير، إبن قدامة ط المكتبة السلفية بيروت ، لبنان ج 10 ص 537 .
(3) القرطبي، أحكام القران ط دار الكتب المصرية ، مصر ج 6 ص 171.
(4) سورة الإسراء آية 15 .
(5) الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 15 ص 51 ـ 52 دون ناشر .

ـ وقد وقع جدال حاد بين علماء الفرق الإسلامية حول أهل الفترة(1) أيعذبون عن كفرهم بالحق وعن أفعالهم المحرمة أم لا، فذهب المعتزلة إلـى القـول بتعذيبهم عن ترك الإيمان والتوحيد وخالفهم الأشاعرة بقولهم أن أهل الفترة لا يعذبون، وهذا اختلاف مشهور ناقشته كتب الأصـول، ولخـص الـشوكاني مصدر الخلاف فقـال : ((ومحل النـزاع بينهم كما أطلق عليه الجمهور المتأخرين، وإن كان مخالفا عند كثير من المتقدمين وهو كون العقل متعلـق بالمدح والذم، والثواب، والعقاب، آجلا أو عاجلا، فعند الأشعرية أن ذلـك لا يثبت إلا بالشرع، وعند المعتزلة ومن وافقهم أن ذلك ليس إلا لكـون العقـل واقعا على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله العذاب)) (2).

ـ وحسب رأيي فإن هذه المسألة تدور حول شروط العقوبة أتطبق على العالم بها شرعا أو يمكن أن يعذر بجهله من لا يعلم حرمة الفعل؟ إلا أن الجـدال الذي وقع حسب الظاهر كان حول العقاب الأخروي ولـيس علـى العقوبـة المستحقة كجزاء عن الفعل المحرم وبذلك يكون الكلام هنا محله أصول الدين وليس محله الحدود والتعازير وقد يكون العذاب دنيويا لكن مـن ا تعـالى كعقوبة عادلة منه بعد الإنذار كما هو منصوص عليه في كتاب ا تعالى في قوله : وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون، ذكرى وما كنا ظالمين (3).

----

(1) أهل الفترات : هم من كانوا بين رسولين، ولم يكن الأول مرسل إليهم ولا أدركوا الثاني وقد وضح ذلك الألوسي محمود بن عبد ا الحسين فـي تفـسيره روح المعاني دار إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان، ج 15 ص 40.

(2)محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 7 الطبعة الأولى دار الإتحادية ـ مصر ـ .

(3)سورة الشعراء الآية 208 و209 .

ـ فإذا الحال هنا ليس حال التجريم والعقاب عن إتيان المحـرم أو تـرك المأمور به قضاء ولكن حال الغيب وأحوال المعذبين بعد الإنذار لذلك رأينـا ترك هذا الموضوع من جانبه الغيبي، ومعالجته من حيث النظام التجريمـي، وهو موضوع مختلف فيه أيضا فهناك من رأى عقوبة غير العالم بـالتحريم بسبب إنعدام من لم يسمع بأحكام الإسلام بعد أن إنتـشر فـي بقـاع الأرض وشيدت لنشره جامعات ومساجد ودعاة, خاصة في ديار الإسلام و يرى فريق آخر غير العالم بالتحريم إلى أن يعلم فإن عاد لما عرف عوقـب، وإلا فـلا عقوبة عليه ودليلهم عن ذلك ما رواه أبو داود بـسنده عـن إبـن المـسيب قال:((ذكر الزنى بالشام فقال رجل زنيت البارحة)) .

فقيل له ما تقول، قال ((ما علمت أن ا حرمه، فكتب إلى عمر فيه فـرد)) بقوله ((إن علم أن ا حرمه فحدوه، وإن لم يكن علـم فـأعلموه وإن عـاد فحدوا)) (1) .

ويمكن القول عموما في هذا المبدأ أن رجعية العقوبة فيما شرع بعد الحادثة.

ونعنى به زمان الرسالة غير وارد عن الصحابة ولا التابعين وإنما كـان قولهم المشهور : ((الإسلام يجب ما قبله)) غير أنه بعد أن أتم ا دينـه وإنتشر في الجزيرة العربية في عهد الخلفاء الراشدين خاصة وغيرهـا مـن البلدان, فإن مبدأ عدم رجعية العقوبة وارد في كثير من عمل الصحابة إذا كان الفاعل يجهل حرمة الفعل وهو ما ثبت عن عمر بن الخطـاب فـي القـول السالف .

---

(1) سنن أبي داود كتاب الحدود مطبعة السعادة بيروت ، لبنان ج 4 ص 148 و أخرجه المتقي الهندي منتخب كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعـال ج 2 ص 404 مطبوع على هامش مسند الإمام أحمد دار صادر للطباعة و النشر بيروت لبنان .

ـ ويبقى هذا الحكم ساريا إذا كانت العلة باقية، ويـزول إن زالـت، غير أنه في زماننا هذا يختلف الأمر، فمعرفة الإسلام عند المسلمين وغيـرهم أصبحت أمرا مشهورا نظرا لوسائل النشر الحديثة، ولا يمكن الإحتجاج بجهل النص المحرم لفعل منهي عنه إلا إذا ثبت العكس، وأعنى به الجهل بـالتحريم هذا في الحدود خاصة، أما في التعزيرات فيختلف الأمر كلية، حيث لا يجـوز مطلقا العقاب عن الماضي، وهومعنى قول الماوردي:((يجـب عنـد تقـدير العقوبات التعزيرية، أن يقدم الإنكارولا يعجل بالتأديب قبل الإنذار)) (1).

ـ والإنذار المراد هنا يشمل نشر الفعل المحرم مع العقوبة المحددة له بوسائل النشر المتوفرة لدى الأمة حتى يعرف عند الناس ثم بعد ذلك يؤدب من كـان عالما بتحريمه لما أمر به أولى الأمر الشرعيين، وأما ما كان قبـل التحـريم وتحديد العقوبة له فلا يعاقب عليه مطلقا وهو ما يعرف باسـم عـدم رجعيـة العقوبة على الأفعال المرتكبة قبل صدور الأمر بتحريمها .

3- مبدأ المساواة:

لقد قررت الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة أمام القانون السماوي وذلـك منـذ أزيد من أربعة عشر قرنا، في الحقوق والواجبات عامة وأمام القضاء خاصـة سواء كان ذلك في المخاصمة أو في تطبيق العقوبة على من حكم عليه بحد من حدود ا تعالى .

---

(1) أبي الحسن الماوردي الأحكام السلطانية مطبعة مصطفى الحلبي , مصر الطبعة الثانية لسنة 1393 هـ ص 249 .

ـ وليس هذا المبدأ مقررا للمسلمين فقط بل للناس جميعا, حيث قال ا تعالى : يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند ا أتقاكم (1).

ـ وقال صلى ا عليه وسلم فيما رواه عنه الإمام أحمد بسنده : ((يا أيها النـاس ألا إن ربكـم واحد، ألا إن أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي ولا لأحمـر على أسود ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى ....)) (2).

ـ وتتجلى المساواة بين الناس عموما في الشريعة الإسلامية فيمـا يعـرف بالشفاعة ورغم أنها مرغب فيها شرعا إلا أن علماء الشريعة فصلوا أحكامها وبينوا الشفاعة الحسنة والشفاعة السيئة ودليلهم على هذا التقسيم قوله تعالى : ومن يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها، ومن يشفع شفاعة سيئة يكن له كفل منها (3).

ـ وقد عرف علماء الشريعة الإسلامية الشفاعة بأنها : ((هي السؤال عـن التجاوزعن الذنوب من الذي وقعت الجناية في حقه)) (4).

فكل إعانة على البر والتقوى هي شفاعة حسنة، وكـل إعانـة علـى الإثـم والعدوان هي شفاعة سيئة (5) .

ـ وإذا كانت الشفاعة في غير الحدود فهي مندوب فيها وقد تكون في الحدود لكن قبل علم الحاكم بها، ففي هذه الحالة تكون فيها أنجع من العقوبة لا سـيما إذا كان الجاني غير معروف بعصيانه، فإن شره قد يؤدي إلى توبته من كـل الذنوب وتبقى له تلك العثرة وازعا نفسيا يتجلى له في كل لحظة من لحظات حياته .

---

(1)سورة الحجرات الآية(13).

(2) أخرجة وصححه نصر الدين الألباني سلسلة الأحاديث الصحيحة .جزء 06 ص 449 رقم الحديث 2700 .

(3) سورة النساء الآية (85).

(4) الجرجاني، كتاب التعريفات شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده مصر ، بدون ناشر . ص 67.

(5) تقي الدين أحمد إبن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية المكتبة السلفية، القـاهرة، مـصر سـنة 1399 هـ ـ . ص 34 المطبعة.

ـ أما إذا وصل الأمر إلى الحاكم سواء من المجنى عليه أو من شهود عيان فإن المسألة تصبح حديث الكل ولابد من الردع فيها بالعقوبة المناسبة لتكـون حاجزا مانعا للغير من الوقوع في المثل ما وقع فيه المعاقب، ويستوي ذلـك الحاكم والمحكوم والشريف والضعيف، وهذا هو سر نجاح المجتمع الإسلامي فيما يعرف بالأمن الإجتماعي، ولو أعطى حق الشفاعة في الحدود لشخص أو حاكم أو لغيره لما تحقق الأمن في المجتمع الإسلامي لأن الإنعكاس السيئ في نظر العامة يزيد في الإنتقام وكثرة الإجرام ما دام من لا يعاقب بعد الـشفاعة وبدل على هذه الحقائق ما وقع في عهد الرسول صلى ا عليه وسلم عنـدما همت قريش بالشفاعة في حق المخزومية التي سرقت كما وردت القصة فـي الحديث الذي أخرجه الإمام البخاري في صحيحه عن عائشة رضي ا تعالى عنها قالت : ((إن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت ، فقالوا من يكلم رسول ا صلى ا عليه وسلم، ومن يجترأ عليه إلا أسامة حب رسول ا صلى ا عليه وسلم فكلم رسول ا صلى ا عليه وسلم فقـ ـ ـال:

تشفع في حد من حدود ا ، ثم قام فخطب فقال : يأيها الناس أنما ضـل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فـيهم أقاموا عليه الحد، وأيم ا لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها))

.(1)

و بهذه الواقعة رسم رسول ا صلى ا عليه وسلم طريق المساواة وحـرم التمييز ولو كان ذلك في أشرف الناس، وضرب مثلا ببنت رسول ا صـلى ا عليه وسلم وهي كانت زوجة الإمام على رضي ا عنه، كل هذا التأكيـد حرمة مخالفة هذا المبدأ الذي إن خولف من أي كان وقع خلل في المجتمع.

----

(1) أخرجه الإمام الترميذي في الجامع الصحيح دار إبن حزم لبنان ص 440 باب ما جاء في كراهية أن يشفع في الحدود .

المطلـب الثالـث : مـشروعية العقوبـة و غايتهـا فـى الفقـه الجنائى الوضعى

ـ سلامة المجتمع والمحافظة على النظام العام فيه هو مبلغ التفكيـر عنـد علماء وفلاسفة القانون ورغم إتفاقهم على النتيجة المرجوة إلا أنهم إختلفوا في الوسائل التي بها تتحقق, فالجريمة تثير الفوضى وتخل بنظام المجتمع وأمنـه فكيف يتم رد الأمور إلى مجراها العادي وإعادة الإطمئنان العـام ؟ أيكـون بالعقوبة ردعا للجاني ومن سيجري مجراه، أو بوسائل أخرى غير العقوبـة مادامت ضررا لأحد أفراد المجتمع ، تلك هي تساؤلات وتـأملات فلاسـفة القانون الوضعي منذ القرون القديمة, وقد قدموا نظريات كثيرة حول أفـضل السبل التي توصل إلى تحقيق أمن المجتمع مبرزين أساس العقوبـة نظريـا، ويمكن جمع هذه النظريات في أربع طوائف أساسية وهي :

ـ1ـ النظريات المادية :

ـ يرى أصحاب هذه النظريات أن العقاب ضروري للمحافظة على أمن المجتمع ويؤكدون على منفعة العقاب الإجتمـاعي وقـد قـدمت هـذه النظريات على صورتين، فلسفية، وطبيعية . (1) .

أ) الصورة الفلسفية :

ـ في هذه الصورة يكمن العلاج وفق آثار الجريمة التي هي ضرر يلحق بالمجتمع مما يستوجب العقاب للمتسبب فيه, ويكون بوسيلتين, أولهمـا الإصلاح إذا كان المعتدي له السيطرة على نفسه فلا يؤذى ولكن يلام لغرض إصلاحه .

ـ وأما إذا كان من المجرمين المعتادين الذين لا يرجى صلاحهم فلا بد من تسليط العقوبة عليه لغرض إرهابه، وعند تطبيق هذا الرأي فإن آثـاره تتعدى العلاج إلى الوقاية العامة والخاصة .

----

(1) .. عبد المالك جندي ، الموسوعة الجنائية دار المؤلفات القانونية بيروت لبنان ط 1360 هـ الموافق 1942م ج 5 ص 464

ـ فالعقوبة بهذا المفهوم تكون ردعية تخطر على بال كل من يفكـر فـي الجريمة , إما عن طريق التصور العام في المجتمع حيث أن كل من إرتكـب جريمة فهو محل العقوبة وإما عن طريق المشاهدة للمجرمين المعاقبين مـن قبله، إذا لم يتأثر بهذا كله فإنه يعاقب وجوبا بمجرد إتيانه فعـلا محرمـا لا لغرض الإنتقام ولكن دائما لغرض الإصلاح وهذا الرأي الأخيـر أخـذ بـه القانون الألماني والأمريكي في التربية داخل السجون .

ب) الصورة الطبيعية :

ـ هذا الرأي يؤسس العقاب على فكرة المقاومة الطبيعية للأجـسام الحيـة عنـد شعورها بخطر يهدد حياتها، وذهب أصحابه إلى أبعد من ذلك حيث أنكروا تسمية العقوبة لكون المجتمع كائنا حيا يدافع عن أمنه وسلامته بمجرد إحساسه بخطـر يهدد كيانه، فهو يرد الإعتداء ولا وجود للعقاب أصلا .

ـ ورغم وضوح هذه النظرية إلا أنها إتخذت من التاريخ مفهوما عاما لعلاج الظاهرة الإجرامية وأسست أراءها على بديهيات ثابتة منها، المقاومة الطبيعية للأجساد الحية .

ولإصلاح أو إرهاب مرتكبي الأفعال المحرمة، حيث لم تقدم حلـولا ناجعـة لكيفية العقاب وأصوله ومشروعيته ونوع المنفعة المرجوة من العقوبة .

ـ تلك هي عيوب هذه النظرية من حيث أرا ئها دون أن نذكر الواقع العلمي المعقد عند تطبيقها في كثير من الحالات .

ـ2ـ النظريات الأدبية :

يرى أصحابها أن أساس العقاب هو العدالة المطلقة، وأن كل عمل إجرامـي يجب أن يقع تحت طائلة العقاب، فالذي يرتكب جريمة تامة يجب عقابه لأنـه من العدل أن كل من أذنب يعاقب ويكفر عن ذنبه, وهذه النظرية تؤسس كـل أفكارها على أساس التكفير، مما أدى إلى تسميتها بالمدرسة الدينية الحديثـة، ومن أشهر علمائها الفيلسوف "ليسيان برين"

الذي عرف حق العقاب بأنه :((تفويض من القدرة الإلهية للعقـاب على الشر)) (1) .

ـ وقد إنتقدت هذه النظريات سواء القديمة أو الحديثة من وجهتين :

أولا / أنها أفكار ترجع إلى القرون الوسطى تحت أسماء مختلفة منها الإنتقام الإلهي ثم الإنتقام العمومي والتي كانت مؤسسة على الإستبداد والعقاب المشدد وتارة الوحشي .

ثانيا / أن هذه الأفكار لم تأت بأساس للعقاب بالمعنى العلمي، ولـم تبين أسباب العقاب ولا ضوابط العقوبة، بل ردت كل الأمور إلـى العدالـة المطلقة التي يملكها رجل الدين عند الغرب, فهو الذي يحق له تقرير العقـاب دون أي ضابط قانوني ماعدا ما يعرف عندهم بالضابط الأدبي وهم يعنون به الإنتقام الإلهي بواسطة رجال الدين .

ـ ولهذه العيوب الظاهرة تركت هذه النظريات فـي كـل القـوانين الوضعية بعد الثورة الفرنسية وأصبح من العيب الإستدلال بها.

ـ3ـ النظريات العقدية :

ـ هذه النظريات مع إختلافها الشديد حول أساس العقاب إلا أنها تجعل الأسـاس العام له هو ضرورة الحفاظ على الحياة الإجتماعية للمجتمع وقد سـمي بعـض الفلاسفة هذه النظريات بالنظريات العقدية ومعناها وجود عقد إجتماعي بين أفراد المجتمع وحكامهم على العقاب عند مخالفة الأوامر القانونية, ومن هؤلاء الفلاسفة هوبز، وجان جاك روسو، وبيكاريا وغيرهم، غير أن هناك من رأى أن أسـاس العقاب هو رد الإعتداء على الفرد في الأصل إلى حماية الحياة الفردية ولكن هذا الفرد تنازل عن هذا الحق للسلطة بعقد إجتماعي للتدخل بدلا عنه، ومنهم من يرى أن توقيع العقوبة على المعتدي هو فطرة إنسانية فردية ولكن خول بدلا عنه هيئة إجتماعية تقوم مقامه, والفريق الأخير يرى أن المجتمع لايستطيع العـيش بغيـر قوانين تنظمه تكون ضرورية للحياة الإجتماعية وبالتالي هي الأساس للعقاب .

---

(1)عبد المالك جندي الموسوعة الجنائية، مرجع سابق ج 5، ص:464.

ـ وهذه النظرية انتقدها كثير من العلماء لكونها تفترض وجود عقد إجتماعي بين أفراد المجتمع والهيئة الإجتماعية, غير أن الواقع يكذب هذا الأفتـراض لكون الفرد خاضع لنظام الحياة الإجتماعية قهرا بدليل وجود هذا النظام قبـل أي عقد يذكر في كل المجتمعات .

4) النظريات المختلطة :

هذه النظريات عبارة عن نتائج التحليل العلمي للنظريات السابقة, وهي تؤسس العقاب على مبدأ المسؤولية الأدبية الشاملة, وقد كتب عنها مؤلفون بـارزون منهم روسي، ووارتولان، ومموليقية، وهاوس، وغيرهم وأغلبهم يجعل أسـاس العقاب هو المنفعة العامة مما يستوجب فهم المسؤولية الأدبيـة فهمـا دقيقـا وإعفاء كل من لا مسؤولية له من العقاب لكون المنفعة العامة معدومة, وذهب المفكر جارو إلي اعتبار المسؤولية كأساس للعقاب .

غير أن هذه المسؤولية عندهم أدبية كانت أم نظرية يجب أن تفهم من ثلاثـة وجوه (1).

ـ الوجه الأول : دراسة أفعال الإنسان ومعرفة هل هو مخير أو مـسير إذ أنه لا يسأل إلا عن الأعمال التي يرتكبها بإرادته وحريته .

ـ الوجه الثاني : دراسة نفسية لتحديد مسؤوليته الطبيعية أو العقلية، فبهـذه الدراسة تعرف حالة مراكز أعصاب الإنسان التي تسيطر علـى الوظـائف الفيزيولوجية، وبها يعرف عمله والحالة النفسية التي كان عليها أثناؤه، وهل كان عندها في ظروف عادية أم أن هناك عوامل نفسية تسببت فـي فقـدان السيطرة على الوظائف الفيزيولوجية .

ـ الوجه الثالـث : التحقق من المسؤولية الأدبية والطبيعية, فالإنسان الـذي يعيش في ظروف غير طبيعية لا تقوم مسؤوليته الأدبية لكونه مضطر إلـى إرتكاب فعل مغاير لإرادته مثل المكره وكذلك المجنون الـذي لا مـسؤولية عليه مع وجوب إتخاذ تدابير في حقه، وكذلك حال الأطفال غير البـالغين، وأما المسؤولية الطبيعية فيجب تحديد الأفعال المحرمة مع عقوبتهـا وفـق الخطر المحتمل ضد المجتمع.

---

(1) عبد المالك جندي الموسوعة الجنائية، مرجع سابق . ج 5 ص 466.

-مبادئ العقوبة في القانون :

ـ أهم المبادئ التي تقررت في التشريعات الوضعية الحديثة للعقوبة هي :

أولا : مبدأ المشروعية (القانونية) :

ـ وهذا المبدأ بديهي في العلوم الجنائية ويسمى عند بعض علمـاء القـانون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ونجد جميع التشريعات الوضعية الحديثة تنص عليه بصراحة في قوانينها، بلفظ ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بالقانون)) وقد نص عليه المشرع الوضعي الجزائري في المادة الأولى من قانون العقوبـات ((لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون)) (1) .

ـ ويمكن تحديد مفهوم هذا المبدأ في النقاط التالية :

1) إن هذا المبدأ يعنى حماية حقوق الأفراد من تعسف القـضاة الـذين قـد يجرمون أفعال مباحة ويحددون عقوبة أشد من خطر الجريمة، ولهذا رمـى هذا المبدأ إلى جعل القاضي مقيدا بنصوص القانون، فلا يحرم الفعـل إلا إذا حرمه القانون، ولا يعاقب بعقوبة إلا إذا حددها القانون، وكل مخالفـة لهـذا المبدأ تعد خرقا للقانون قد تؤدي إلى توبيخ القاضي أو عزله من منصبه عند تعسفه .

2) هذا المبدأ يحدد أيضا طرق القضاء والتقاضي حيث أن السلطة المعاقبـة المكلفة بتطبيق العقوبة هي السلطة القضائية، ولذلك يقضي على كل فوضـى سواء كانت من السلطات الأخرى، التنفيذية، والتشريعية، أو ممن يريد الحكم لنفسه .

---

(1) نص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري. مرجع سابق.

ثانيا : مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة .

- وقد ظهر هذا المبدأ جليا في تقسيم الجرائم حسب خطورتها إلى الجنايات والجنح، والمخالفات, ولكل نوع عقوبة، فلا يشدد في العقاب إلا إذا نص عليه التشريع صراحة مهما كانت الظروف والأحوال، ويعني بالتناسب بين العقوبة والجريمة تشديد العقوبة في الأفعال التي تهدد كيان المجتمع وأفراده، وتخفيف العقوبة كل ما كان الأمر أقل، وسنناقش هذا المبدأ عند تعرضنا لأسس التقسيم إن شاء ا .

ثالثا : مبدأ شخصية العقوبة :

- وهو ضروري ظهر في جميع القوانين الحديثة, ويتجلى في عدم مؤاخذة الغير بفعل غيرهم، فكل مرتكب الجريمة أو مساهما فيها هو الذي تقوم المسؤولية الجنائية في حقه وأما الغير الذي لا علاقة له بالجريمة فلا يجوز معاقبته إطلاقا .

- وقد وضع هذا المبدأ كرد فعل للممارسات الغير الشرعية التي مورست ضد ذوي المجرمين أو أهلهم عند عدم القبض عليهم، بل ومعاقبتهم في بعض الأحيان بدون حجة ولا سبب سوى قرابتهم أو علاقتهم مع المجرم لذلك بعد هذا المبدأ لا يعاقب إلا من إرتكب الفعل المحرم ولا تتعداه العقوبة إلى غيره مطلقا.

رابعا : مبدأ المساواة في العقوبة :

- وهذا المبدأ يقضي بأن تكون العقوبة واحدة لكل المجرمين مع بعض الإستثناءات التي يرى علماء القانون أنها لا تتنافى مع مبدأ المساواة مثل الحد الأقصى والحد الأدنى, بل هناك من يرى أنها أساس المساواة ما دامت تراعي ظروف المجرم والحالة التي كان فيها عند إقترافه للجريمة، وهناك مسائل لم تناقش من طرف علماء القانون وهي ما يعرف بالحصانة على بعض الطوائف السياسية أو القضائية أو التشريعية وهل هذا من المساواة، أو ضد هذا المبدأ وهذه المسائل أدرجناها في الفصل الثاني مناقشتها بعد معرفة العموميات التي نحن بصدد التعرف عليها .

ويعود ظهور هذه النظريات إلى الآراء والأفكار التي جاءت بها المدارس العلمية والتي إهتمت بدراسة مشكلة الجريمة وبشكل أخص سياسة العقاب من حيث أساسه وأغراضه .

ومما ساعد على ظهور هذه المدارس هي فشل السياسات السابقة في مكافحة الجريمة ،وأولى المدارس التي ظهرت هي المدرسة التقليدية ثم تليها المدرسة الموضوعية والتي حاولت التخفيف من تطرفها ثم أعقب ذلك ظهور المدرسة الحديثة التي حاولت التوفيق بين المدرستين .

أولا : المدرسة التقليدية : يقصد بالمدرسة التقليدية آراء الفلاسفة منذ العهد اليوناني ، القائلون أن القانون عموما هو تأكيد للعدالة، واعتمد هذه النظرية كثير من العلماء، منهم كانط وهيجل وهربرت وبنتام وغيرهم من المناهضين للإستبداد الموروث عن القرون الوسطى، تأكيدا لمبدأ حقوق الأفراد في الضمانات القانونية لحرياتهم الشخصية، وتقييدا لسلطة الحكام للتقليل من طغيانهم .

و إستندت هذه المدرسة إلى نظرية العدالة المطلقة (1)، وكذلك الإتجاه النفعي للعقوبة (2) غير أنهما معا يؤسسان أفكارهما على القانون الطبيعي، وتأسيس المسؤولية الجنائية على حرية الفرد في التصرف والإختيار .

- وخلاصة آراء هذه المدرسة أنها تؤسس قانون العقوبات على مبدأ تأكيد العدالة، وأساس المسؤولية الجنائية هو حرية التصرف وغاية العقوبة هي القصاص المبني على الزجر

- وأسست هذه المدرسة نظريتها على المبادئ التالية (3):

1) شرعية العقوبة : ويعني بها تقييد الدولة في العقاب فلا عقوبة إلا على أفعال المجرمين بقانون .

2) عدم المبالغة في العقوبة : لكون التشديد والقسوة قد يؤديان إلى أضرار خطيرة، والتخفيف من العقوبات أنجح من التشديد، حتى طلب البعض إلغاء العقوبات البدنية كالإعدام .

---

(1) هذه النظرية إعتمد عليها الفيلسوف كانط ورتبها في كتاباته عموما .

(2) مأمون محمد سلامة قانون العقوبات (القسم العام) دار الفكر العربي بيروت - لبنان الطبعة الرابعة ص 589 و ما بعدها.

(3) من انصار هذا الإتجاه المفكر بينتام وغيرها.

3) تقرير ضمانات الفرد في كل أطوار البحث والمحاكمة وعند تنفيذ العقوبة

ـ وقد تبلورت أفكار هذه المدرسة وحددت من طرف كبار المتعاطفين معها، وظهرت هذه الأفكار في إتجاهين رئيسيين هما :

أ) الإتجاه النفعي للعقوبة :

ظهر هذا الإتجاه في ظل التغيرات الإجتماعية في أوربا خاصة وبقيت القوانين على حالها مما أدى إلى ظهور تناقض بين مسيرة المجتمع وقيـود القـانون، فهناك عقوبات مخزية ومشينة لكثير من الجرائم البسيطة، مما أدى إلى عـدم التناسب بين العقوبة وجسامة الجريمة إضافة إلى تـسلط الجهـاز القـضائي وتوسيع سلطته، من حيث التجريم وتحديد العقوبة، والمساواة أمـام القـانون، ومراعاة حالة المجرم وظروف الجريمة .

ـ في ظل هذه التناقضات ظهر هذا الإتجاه بزعامة جروزبو في سنة 1679 ثـم تبعه هوبز وتوماس وغيرهما ونادوا كلهم بوجوب ربط العقوبة بغرض نفعـي عام يعود على المجتمع، وحدد الكاتب الإيطالي (بكاريـا) المـنهج العقـابي ودور العقوبة بنظرية علمية فوصل إلى نتائج منطقية وطالب بتغيير الأنظمـة العقابـية القائمة لأنها لا تؤدي إلى النفع العام الذي هو محاربة الجريمة وحدد غرضها بمنع المجرم من العودة للإجرام وردع غيره من الوقوع فيـه، ولقـد تأثر بهذا الإتجاه كثيرا من التشريعات الأوروبية .

ب) الإتجاه الأخلاقي:

ـ بعد أن ظهر عجز الإتجاه النفعي في تحقيق مبدأ العدالة المطلقـة، لكونـه أسس كل نظرياته على الدراسة الشكلية للعقوبة دون الأخذ بمعطيات الظروف العامة والخاصة للمجتمع والفرد وإهمال حالة المجرم عند إقترافـه الجريمـة، ظهرت نظرية جديدة سميت بالإتجاه الأخلاقي وهذا الإتجاه هـو : (تأسـيس العقوبة على الجانب النفسي أو المعنوي للمذنب) (1)

---

(1) جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، مرجع سابق ، ج 5، ص 33.

ـ ويعني بذلك جعل العقوبة مقابلة للأذى المحقق من الجريمة والتركيز على الإرادة الخاطئة (القصد) دون غيرها، وجعل حرية الإختيار هي الأسـاس المعتبر قانونا والذي تقام عليه المسؤولية حتى يشعر المعاقب بأنه عوقب على تعمده، لا عن خطئه وبذلك تحقق العقوبة مبدأ العدالة المطلقة.

ـ وأهم عيوب هذه المدرسة هي :

أنها ركزت دراستها على الجريمة، وأهملت دراسة المجرم والعوامل المؤثرة في سلوكه الإجرامي، سواء كانت هذه العوامل إجتماعية أو نفـسانية أو غيرهما، واعتمدت في الإتجاه الأول على الردع العام لتحقيق الغاية التـي هي في نظرهم العدالة المطلقة .

ـ أما الإتجاه الثاني الذي يؤسس العقوبة على حرية الإختيار، فلجأ أصحابه في تحديد مفهومه لعلم النفس الوصفي والـذي لا يعطـى للبواعـث المختلفة تأثيراتها الفعلية على الإرادة, والإختيار أي يشكك في مبـدأ تـأثير البواعث على الإرادة (1) .

ـ ولذلك فإن هذا الإتجاه أيضا شكلي إهتم بالجريمة كواقعة قانونية، وأهمل الجانب المادي لها إضافة إلى رفضه لكثير مـن المبـادئ الإنـسانية كالإفراج الشرطي وغيره.

ثانيا : المدرسة الموضوعية: ـ بعد فشل المدرسة التقليدية في إثبات الطـرق الواصلة لغاية العقوبة نظريا، ظهرت هذه المدرسة بنظريات جديدة لغـرض علاج ظاهرة الإجرام المتزايدة في المجتمعات البشرية، وخاصة بعد ظهـور دراسات الفكر الطبيعي في النصف الأول من القرن التاسع عشر على يـدي داروين الذي أسس نظريته المعروفة بإسم نظرية النشوء والتطـور، والتـي مؤداها أن الإنسان مخلوق متطور مر على مراحل بدائيـة لا يفـرق بـين الإجرام والأفعال المباحة غير المضرة، ثم تطور إلى أن وصـل إلـى هـذا الشكل المعروف بسلوكه وإرادته في الأفعال التي يقدم عليهـا، ونـادى هـو ومناصروه بتفسير الظواهر الطبيعية الأخرى المؤسـسة علـى الـسببية أي معرفة الأسباب التي بها توجد الظاهرة وما دام الإجرام ظاهرة طبيعية فـي الفرد والمجتمع، فلا بد من دراسة أسبابه، ليمكن علاجـه بطريقـة علميـة والقضاء على الأسباب التي تؤدي بالفرد إلى الإقدام على إرتكـاب الجريمـة وبذلك نقي الفرد والمجتمع منها .

---

(1) جندي عبد المالك الموسوعة الجنائية مرجع سابق ص 46 وما بعدها ..

ورغم أن مؤسسي هذه النظرية يزعمون أنهم إختاروها وفق منهـاج علمـي دون أن تكون لهم رابطة بأي إتجاه سابق, إلا أن علماء الفلسفة مـن بعـدهم أثبتوا إرتباط هذه النظرية بمفهوم الفلسفة المادية والوضعية الرافضة لمفهـوم الدين عموما، وعدم الإعتراف بما وراء الطبيعة خـصوصا وجعلـوا مـن الإنسان مجرد جزء من القوى الطبيعية وكل أفعاله وتصرفاته ترجـع إلـى تكويناته العضوية والنفسية وتأثرها بالمحيط العام، وهو بهذه الخـصائص لا يختلف عن الكائنات الحية الأخرى من حيوانات ونباتات.

ووصلوا إلى نتيجة بعد الدراسات التحليلية والتجريبيـة هـي : **(إن الإنسان مسير في أفعاله بأسباب وعوامل يتفاعل بعضها مع البعض)**.

والجريمة هي نتيجة تلك الأسباب التي إن وجدت تتحقق ولو لم تكن له حرية الإختيار (1).

ـ وقد مرت هذه المدرسة بمراحل عديدة حسب البحوث النظرية التي قام بها لامبروزو وجاروفالوا، وحيرسبنسي وغيرهم .

ـ فقد قام لامبروزو بدراسة المجرم دراسة علمية أنثروبولوجية وبـين فـي كتاباته أنه توصل إلى نتائج مرضية حسب رأيه، حيث برهن على أن الإنسان المجرم يتصف بصفات خلقية في أعضائه الحساسة تجعله يقدم على الإجرام آليا دون أن تكون له إرادة وقدم نماذج من هذا الإنسان واقترح حلولا بعد أن قسم المجرمين إلى طوائف :المجرم بالطبع، وبالمجرم بالصدفة .

---

(1) جندي عبد الماالك الموسوعة الجنائية المرجع السابق ص602 وما بعدها .

حيث أكد على وجوب إقصاء المجرم بالطبع من المجتمع نهائيا وإمكان علاج المجرمين من أنواع أخرى (1) .

ـ ولكن قام فريق من العلماء من بعده بدراسات مدققة أثبتوا خطأ ما توصل إليه لامبروزو فقد درسوا الأشخاص الذين توجد لديهم نفس الصفات المذكورة في المجرم عند لامبروزو لكنهم ليسوا بمجـرمين واقترحـوا حلـولا لهـذه المعضلة منها الإعتماد على الدراسات النفسية للمجرم بدلا من دراسة صفاته الخلقية لكون الجريمة نتيجة شذوذ نفسي يستوجب العلاج في نظرهم .

ـ وبعد هذه المرحلة ظهرت طائفة أخرى من العلماء منهم: فلوريان، وفيري وغيرهم نادوا بدراسة الجريمة والظروف الإجتماعية .

التي تحيط بالمجرم والدافعة له عند إرتكاب جريمته .

ـ ورغم الدراسات العلمية الكثيرة التي قام بها كثير من العلماء إلا أنهم لم يصلوا إلى نتائج نظرية يمكن الإعتماد عليها كغاية للعقوبة .

ثالثا : المدرسة الحديثة: ـ هذه المدرسة أقامت نظريتها علـى الجمـع بـين المبادئ، السابقة من المدرستين التقليدية والوضعية، وأخذت ببعض مبادئ كل منهما وحاولت التوفيق بينهما لغرض الوصول إلى نظرية حديثة تحدد غايـة العقوبة نظريا بدقة وتقلل من ضرر الجريمة، وقد إعتمدت الأساس المعترف به عند المدرسة التقليدية غير أنها وضعت له مفهوما جديدا مؤداه أن الإنسان حر في إختياره لسلوك معين غير أن ذلك يكون نتيجـة البواعـث النفـسية المختلفة والتي يتأثر بها الفاعل عموما أو لأقوى منها، مما يستوجب الأخـذ بمبدأ دراسة المجرم والأسباب الدافعة للإجرام بغرض وقايته ووقاية المجتمع منها .

غير أن هذه المدرسة تعترف بالجبرية النفسية، وبالتالي تناقض النتـائج التـي وصلت إليها كالتأهيل للمسؤولية وعدم التأهيل, بمعنى قيام المـسؤولية علـى المؤهل دون غيره لكنها نقضت ذلك بإعترافها بمبدء الجبرية النفـسية الـذي يتنافى معها قيام المسؤولية أصلا .

ـ وقد ظهرت من بعدها نظريات حديثة مبنية على الأسس المـذكورة مـع بعض الإضافات أو ترجيحات لمبدأ على مبدأ، من هذه النظريـات نظريـة الدفاع الإجتماعي التي تهتم بالوقاية العامة والخاصة وجعلته غاية العقوبة .

---

(1) ظهر علم مستقل تحت إسم علم الأنتربولوجيا الجنائية لخدمة هذه النظرية الخاصة بعلم الإنسان المجرم .

المبحث الثاني:

غاية تقسيم العقوبة في الشريعه الإسلامية و التشريع الجنائي الوضعي

المطلب الأول : تقسيم العقوبة في الشريعة الإسلامية و غايتها .

المطلب الثاني : تقسيم العقوبة في التشريع الجنائي الوضعي و غايتها .

المطلب الثالث: مدى توافق ضوابط تقسيم العقوبة و غايتها في الشريعة الاسلامية و التشريع الجنائي الوضعي .

المطلب الأول: تقسيم العقوبة في الشريعة الإسلامية و غايتها :

- الشريعة الإسلامية دين وقانون، فهي دين في أحكامها لكونها تأخذ بالنيات قبل البينات، وجعلت القصد الشريف هو الأصل ولو أخطأ فاعله وترتب عليه ضرر، لذلك إنفردت بخاصية أساسية هي أن الأحكام فيها تبنى على المقاصد والنتائج، فمن إرتكب جريمة لا يعلم بها أحد إلا ا ، ولم يكشف أمره فلا يعاقب في الدنيا رغم حصول النتيجة، لكن لا ينجو من عقاب الآخرة قطعا إلا إذا تاب توبة نصوحا، أما إذا إعتدى أحد على غيره فينفذ عليه حكم القضاء حسب الظاهر ولو لم تحصل نتيجة من طرفه لكن ثبتت في حقه، فحكم الشريعة الإسلامية عام شامل لكل أفعال الإنسان ظاهرة وباطنة يتولى القضاء الفصل في الظاهر منها، والذي يمكن إثباته من غير ظن ولا تجسس، ويبقى ما هو باطن يعاقب عليها الفاعل أخرويا يقينا، لذلك قال رسول ا صلى ا عليه وسلم في الحديث الذي أخرجه الإمام الترميذي في الجامع الصحيح بسنده ((... ومن ستر مؤمنا ستره ا يوم القيامة)) (1) .

- وقد قررت الشريعة الإسلامية تقسيم العقوبة الدنيوية إلى نوعين، العقوبة النصية والعقوبة التفويضية تماشيا مع التوازن الإجتماعي في كليهما والتقليل من خطر الجريمة بطريقة سلمية ثابتة فيما يضر بطبعه متغيرة فيما يضر بكثرته وليس بطبعه كما سيأتي :

---

(1) محمد بن عيسى الترميذي الجامع الصحيح ، المرجع السابق ص 439 .

أ) العقوبة النصية :

- نص القرآن العظيم والسنة النبوية الطاهرة على علـة عقوبـات الجرائم التي تمس كيان المجتمع وتهدم بنيانه من الأساس نظرا لخطورتهـا، حيث حدد ا تعالى عقوبات مناسبة لضررها لأجل إستئصالها من المجتمـع وفرض الأمن والإستقرار العامين

- وهذه العقوبات محددة إصطلح على تسميتها بالحدود .

- والحد في إصطلاح المذهب الحنفي هو : ((عقوبة مقدرة واجبـة حقـا تعالى)) (1).

- وا تفقوا على أنها شرعت لصيانة المجتمع من كل ما يفسده سواء كان ذلك في الأعراض والأنساب أو العقول والأنفس والأموال .

- أما الجمهور غير الحنفية فالحد عندهم هو : ((عقوبة مقدرة شرعا سـواء أكانت حقا تعالى أم للعبد)) (2) .

و قد إختلاف علماء الإسلام في عددها فمنهم من جعلها سبعة أنواع، ومنهم من وصل إلى ثلاثة عشر حدا حيث أدخل معها الزندقـة والـسحر، وسـب ا ، وسب الملائكة والأنبياء وترك الصلاة والصيام (3).

- وقد ظهر لنا سبب إختلافهم في عدد الحدود كما هو ظاهر من تحلـيلاتهم لمقاصد الأحكام فمنهم من يرى أن كل ما يضر بعامة المجتمع وهلاك أمنـه فهو حد ولو لم يحدد له النص الشرعي عقوبة وإنما جعله فسادا فـي الأرض أو هلاكا لفاعله فعندهم حد منصوص على وجوب تركـه لفائـدة المجتمـع، ومنهم من يرى أن الحد ما نص على عقوبته شرعا بصراحة .

---

(1) شمس الدين السرخسي، المبسوط دار المعرفة بيروت ، لبنان الطبعة الثانية . ج 9 ص 36.

(2) أبوزهرة، العقوبة في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ص 64.

(3) إبن جزي بن أحمد القوانين الفقهية مكتبة عباس أحمد الباز مكة المكرمة ص 244 .

و سنبينه في المبحث الثاني من الفصل الثاني إن شاء ا ، إلا أننـا نرى أن الحدود هي : **ما ثبت بنص وحددت له العقوبة،** وأعنـى بـذلك أن الفعل المجرم أو المحرم، أو الموصوف بالفساد لا يعني بأنه حد، ولكن يثبت تحريم الفعل قطعا، ويندرج ضمن النوع الثاني من التقسـيم الشـرعي أي ((**العقوبات التفويضية**)) .

ـ وحقيقة أن هناك نوع من الأفعال تضر بالمجتمع في عهـد مـن العهود ولكن يقل ضررها بتطور المجتمع من ذلك أفعال السحرة، حيث نقرأ عن أثار هذا الفعل في بعض العصور فنجد أنها أضرت بأفراد المجتمع وأمنه أكثر من الأفعال المعاقب عليها بحدود النصية, مما جعـل بعـض الفقهـاء يجعلونه حدا في نظرا لضرره وخطورة آثاره، كذلك الزندقة التي هي أخطر من النفاق وأخطر من الردة في ضررها بعقيدة أفـراد المجتمـع الإسـلامي وسلامة كيانه, فكان رد الفقهاء في عقد إنتشار هذا الفعل أنهم رأوا المصلحة في جعله حدا ما دام ضرره أكثر من الفعل ذي الحد المقرر شرعا، ولكن بعد مدة زال هذا الخطر بعد إنتشار الكتب الصحيحة في كل فن من فنون الإسلام، ولهذا تقرر عند أغلب علماء الشريعة الإسلامية أنه لا حد إلا بـنص يحـرم الفعل ثم يحدد له العقوبة، ويمكن بهذا التحليل أن نصل إلـى نتيجـة هـي : **معرفة عدد الحدود بشروطها الشرعية المذكورة .**

ـ أي النص على تحريم الفعل وتحديد العقوبة للفاعل بعد أن تتوفر الشروط المحددة شرعا كما سيأتي بيانه .

ـ جواز تشديد العقوبة في غير الحدود إذا ثبت ضررها سـواء كـان مـساويا لضرر الحد أو أكثر منه، مادام العلماء لم يحددوا العقوبة في كل تعزير .

ـ وبهذا التوضيح يمكن لنا تحديد الحدود المنصوص عليهـا فـي القـرآن الكريم أو في سنة رسول ا صلى ا عليه وسلم، وهي حد الزنى، حد القذف، حد شرب الخمر، حد السرقة حد قطع الطريق وحد الردة، وسيأتي تفصيل ذلك في المبحث الأول من الفصل الثاني .

2) العقوبات التفويضية :

ـ لم تنص الشريعة الإسلامية على كل العقوبات للجرائم، بل نصت على البعض فقط وهي قليلة جدا، ولكنها خطيرة على أمن المجتمع وأفراده، وفوضت تحديد العقوبة في غيرها للإمام لتكون مناسبة لإستتباب الأمن وردع الجناة، وجرى عرف الفقهاء على تسمية هذا النوع : ((**بالتعزير**)) ، فكل جريمة لم تحدد الشريعة لها عقوبة معينة فهي من نوع التعزير، وحتى إذا كانت محددة ولكن لم تتوافر فيها الشروط الشرعية جاز للحاكم القضاء بالتعزير المناسب .

ـ وعقوبة التعزير تكون حسب المصلحة، زمانا ومكانا وحالا فتتغير من مكان إلى آخر، ومن زمان إلى آخر، وكذا حسب كل حال على حدى .

ـ إلا أن تحديد هذه العقوبة من طرف ولي الأمر أو من ينوبه أفرادا كانوا أو جماعات حسب إختصاصهم يتم إذا توفرت فيه الشروط الأساسية في الوالي .

فمن حيث ولي الأمر أو من ينوبه، فالشرط الأساسي فيه هو توليه الإمارة بحكم الإسلام ولأجل إقامة حدوده وتنفيذ أحكامه، وتوجيه الرعية وفق تعاليمه في شتى المجالات، ولا يكون كذلك إلا إذا إستوفى شروط الحاكم العادل .

ـ أما الشروط الواجبة توفرها في عقوبة التعزير فهي : (1)

1 ـ أن يكون الباعث عليها هو حماية المصالح الحقيقية المقررة شرعا، لا حماية الأهواء والشهوات والمحافظة على الأوضاع القائمة وغيرها .

2 ـ أن يكون هناك تناسب بين العقوبة والجريمة فلا يعاقب البريئ، ولا يترك المجرم بلا عقاب .

3 ـ المساواة والعدالة بين الناس جميعا، فالعقوبات يجب أن تفرض على كل مخالف دون النظر إلى انتمائه الطائفي أو المهني أو الإجتماعي وهذا من العدل العام الذي لا يجوز مخالفته .

---

(1) أبوزهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي وما بعدها مرجع سابق ص 77.

4ـ أن تكون العقوبة التي تقرر للجريمة ناجعة حاسمة للشر أو مخففة لـه أي محاربة الإجرام والإنحراف دون تشدد فيها قد يؤدي إلى إهدار كرامة الإنسان، لكون العقوبة تأديبا وتهذيبا، فإذا أهدرت إنسانية الإنسان كانت سببا في رسوخ الإجرام في نفسه، وإنتقامه من المجتمع .

ومن أمثلة هذا التجاوز المذموم عقوبات السجون التي أصبحت كرامة الإنسان غير معتبرة بداخلها وهي في الحقيقة مراكز إجرامية وليست مراكز تأديبية .

المطلب الثاني: تقسيم العقوبة في التشريع الجنائي الوضعي و غايتها

ـ أنواع العقوبات في القانون الوضعي ثلاثة حسب ما بينه شـراح قـانون العقوبات .

ـ والتقسيم القانوني للجرائم منصوص عليه صراحة فـي قـانون العقوبـات و المتمثل في الجنايات والجنح والمخالفات وهو تقسيم على أساس خطورة الفعل لا على أساس النتيجة و تقسم العقوبات بدورها في القانون الوضعي إلـى ثلاثـة أنواع . (1)

1) العقوبات الأصلية .
2) العقوبات التبعية .
3) العقوبات التكميلية .

و سنحاول شرح كل نوع في الخلاصة التالية :

1) العقوبات الأصلية:

العقوبات الأصلية هي ((الجزاء الأصلي للجريمة)).

وهي التي نص عليها المشرع كأصل في العقاب للجريمة, حيث يحكـم بهـا عادة منفردة أو مع غيرها ولا تنفذ إلا إذا نص عليها القاضي فـي حـكمه وهي :

---

(1) عبد المالك جندي الموسوعة الجنائية مرجع سابق ص 28

الإعدام ،و السجن المؤبد، والسجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات و عشرين سنة في مواد الجنايات ،و الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ،والغرامة التي تتجاوز 2000 دج في مادة الجنح،و الحبس من يوم واحد إلى شهرين على الأكثر ،و الغرامة من20 إلى2000 دج في مادة المخالفات (1) .

- فبالنسبة لعقوبة الإعدام التي تعتبر أشد العقوبات الأصلية لكونها تتضمن إزهاق روح الجاني و إزالته من الوجود أصبح المجتمع الإنساني يتجه نحو إلغائهالأنهاغير مجدية للجاني وللمجتمع وهي قاسية وغير عادلة حسب رأي الإتجاه الحديث، لكن هناك رأي آخر عكس الأول ويرى وجوب بقائها حتى يمكن إقامة العدل، إذ القاتل الذي أزهق روح إنسان إذا لم تزهق روحه قصاصا للمقتول فلا يمكن أن نقول بأن هناك عدل في المجتمع (2).

أما العقوبات السالبة للحرية فهي السجن المؤبد والسجن المؤقت في مواد الجنايات فقط وكذالك الحبس و الغرامة في الجنح و المخالفات كما حددتها المادة 5 من ق ع ج .

2) العقوبات التبعية :

- وهي التي تلحق المحكوم عليه بالعقوبة الأصلية بحكم القانون دون أن ينهى عليها القاضي في حكمه كعقوبة الحجر القانوني أي عدم التصرف في أموال المحكوم عليه بحكم الحجر و الحرمان من الحقوق الوطنية المتمثلة في عدم ممارسة وظيفة حكومية أو مشابهة او ممارسة حقوقه الإنتخابية أي جميع الحقوق الوطنية و السياسية كما حددتها المادة 8 من ق ع ج إضافة إلى حرمان المحكوم عليه من أن يكون مساعدا محلف أو غير ذالك مما نصت عليه المادة المذكورة أعلاه (3).

---

(1) المادة 5 من ق ع الجزائري و المعدل بقانون 04/82 المؤرخ في 13 /1982/02.

(2) عبد المالك جندي / الموسوعة الجنائية و ما بعدها مرجع سابق ج 5 ص 33 .

(3) المواد 6 ،7، 8من ق ع الجزائري مرجع سابق.

3) العقوبة التكميلية

وهي العقوبات التي يحكم بها القاضي مع الأصلية ويحكم بها متفردة عنهـا، وقد تكون وجوبية إذا نص عليها القانون فتصبح كالتبعية أو يجوز الحكم بهـا مع الأصلية وذلك كمصادرة بعض الوسائل المـستعملة فـي التهريـب، أو كالإقامة الجبرية وقد حدد المشرع الجزائري هذه العقوبات في المادة التاسعة بقوله :

((العقوبات التكميلية هي : تحديد الإقامة ، و المنع من الإقامة،والحرمان من مباشرة بعض الحقوق، المصادرة الجزئية للأموال، حل الشخص الإعتباري، وأخيرا نشر الحكم))(1) .

---

(1) المادة 9من ق ع ج المعدل بقانون 05/89 المؤرخ في 1989/04/25 .

المطلب الثالث : مدى توافق ضوابط تقسيم العقوبة و غايتها في الشريعة الاسلامية و التشريع الجنائي الوضعي

ـ وقبل أن نتكلم عن ذلك نذكر أسس كل من التقسيمين لنصل إلى المقارنة والنتائج .

ـ فالتقسيم الشرعي أساسه المحافظة على الضروري بدرء الخطر عنه وذلك بإرساء العقوبات المناسبة والرادعة في نفس الوقت، والترغيب في الحاجة مع الترهيب من تركه لكونه متمم للضروري ، إضافة إلى نشر الفضائل والتربية الإجتماعية بالتحسيس للوصول إلى تكوين مجتمع نظيف من الرذائل ، متعود على الفضائل إعتاد العيش في نظامها، يحب الإستقامة في حياته كارها للإنحراف. (1)

ـ وعلى هذه الأسس نجد الشريعة الإسلامية فرضت عقوبات شديدة على كل ما يمس الضروري للمجتمع، واستنكرت الأفعال القبيحة عموما تاركة تحديد العقوبة لأولى الأمر حسب الحاجة والمجتمع ومميزاته, فإذا كان المجتمع قد إبتعد عن المنكرات إلا أفراد معدودين كانت العقوبة أخف لتأديب العصاة، وإذا انتشر المنكر وجب رفع العقوبة قصد ترهيب وزجر العام والخاص عنها وفق المصلحة الشرعية أما أساس التقسيم الوضعي، فهو حماية مصالح المجتمع وحفظ أمنه بواسطة أحكام العدالة، حيث يجازي بإسم المجتمع كل مجرم خرج عن نظامه .

غير أن الأسس التي إعتمد عليها القانون الوضعي كلها نظرية، ما دام الواقع يبين عكسها, فالمجتمع المدني بخصوصياته الحضارية الإيجابية والسلبية لم يستقر له أمن ولم تحم مصالحه بل الجريمة تزداد من سنة إلى أخرى لأن المعيار المعتمد عليه مادي بحت فلسفته الظاهرة والأساسية درجة الخطر فكلما كان الخطر أقوى على أفراد المجتمع أو مصالحه الحيوية كانت العقوبة أشد .

---

(1) إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات بتصرف طبعة صبيح ،بيروت ، لبنان ج 01 ص 241

وكلما كان الخطر أقل شدة كانت العقوبة أخف و لذلك نجد المشرع هو الـذي يحدد العقوبة لكل جريمة بحدها الأقصى و الأدنى و ما على القاضي إلا تطبيق المادة القانونية دون أن يكون له حق الإجتهاد لا من حيث التجـريم و لا مـن حيث مقدار العقوبة خارج النص القانوني لكن له كامل السلطة بالحكم بالحـد الأقصى أو الأدنى حسب كل واقعة على حـدى و حـسب ظـروف الجـاني المستوجبة للرأفة أو للشدة .

و رغم وضوح المادة الرابعة " 04 " من قانون العقوبات الجزائري في هـذا المجال من حيث الإشارة إلى الجزاء الذي هو العقاب على الجـرائم بتطبيـق العقوبات أو الإكتفاء بتدابير الأمن للوقاية منها ثم حددت بعدها أنواع العقوبـة حيث جاء في نصها ((يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات و تكون الوقايـة منها بإتخاذ تدابير أمن .

و تكون العقوبات أصلية إذا صدر الحكم بها دون أن تلحق بهـا أيـة عقوبـة أخرى .

و تكون تبعية إذا كانت مترتبة على عقوبة أصلية ولا يصدر الحكم بها و إنما تطبق بقوة القانون .

و العقوبات التكميلية لا يحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية .

يعتبر الأشخاص المحكوم عليهم بنفس الجريمة متضامنين فـي الغرامـة ورد الأشياء و الضرر , و المصاريف مع مراعاة ما نصت عليه المادة 310 الفقرة 4 و 370 من قانون الإجراءات الجزائية .

إن لتدابير الأمن هدف وقائي و هي إما شخصية أم عينية))

- ففي العقوبة الأصلية عن الجنايات كما بينت المادة الخامسة "05 " من نفس القانون هي الإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت .

- فهذه الشدة في العقوبة يقابلها قوة خطر هذا النوع من الإجرام خاصة فـي جناية القتل العمدي مع سبق الإصرار و الترصد إذ إعتبر المشرع الوضـعي الخطر الذي يزهق الروح يجب أن يعالج بنفس الضرر المحدث لفرد من أفراد المجتمع عادة .

- ثم بعد ذلك تأتي الفقرة الثالثة من نفس المادة لتبين الجزاء في مادة الجـنح بالحبس من شهرين إلى خمس "05 " سنوات و الغرامة و يعني ذلك أن درجة الخطر في الجنح أقل و بذلك تقرير عقوبة ملائمة حتى تتساوى مـع الخطـر بينما أقر المشرع الوضعي في المخالفات حبس من يوم واحد إلى شـهرين و الغرامة و بهذا التخفيف الملحوظ لهذا النوع يكون خطره غير مضر بالمجتمع و أفراده كسابق الجرائم المذكورة .

- أما التقسيم الشرعي فقد إعتمد على أسس ثابتة من حيث مصدرها فـهو (رباني) ومن حيث نتائجها في الماضي وكذا الحالي.

فعندما نقول بأن مصدر الشريعة رباني نعني بكل وضوح ما أنزله ا مـن عنده لا يمكن التصديق بوجود نظام تشريعي يوازي الشريعة الإسلامية لأن ما أنزلـه ا علـى رسـوله صـلى ا عليـه و سـلم منـذ أربعـة عشر "14 " قرن لم يتغير في مبادئه و أسسه بينما البشر يتجه بتفكيره و بحوثه إلى تطويرما توصل إليه الجيل السابق و يبقى هذا التغيير بغـرض الوصـول إلى الكمال المرجوا من البشرية في علاج نظامهم التشريعي لكن الشريعة منذ أربعة عشر "14 " قرنا لم تتغير و لن تتغير من حيث الأسس و المبادئ و من

حيث المصدر الذي جعله ا محفوظا إلى يوم القيامة قال تعالى : **إنا نحـن نزلنا الذكرى و إنا له لحافظون** (1)

ـ و رغم هذا القول الذي قلناه لا يؤمن به البعض , و لا يعجب فئة قليلة من البشر فإنني أرى بأن سردي للأسس و المبادئ العامـة لكـل مـن الـشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الوضعي و المناقشات الموضـوعية بينـت لـي الكثير من الباحثين السابقين في القانون و في الشريعة الإسلامية بـأن تطـور القوانين الوضعية في مستوى أدنى من مستوى الشريعة و هو أمر يصدقه الواقع و توصل إليه الباحثين الكبار (2)

و عليه فإن وحي السماء العادل المناسب لطبيعة البشر لكون المشرع هو الخالق له فكيف لا يعرف الصانع بما صنع عكس ما يشرعه البشر لأخيه البشر فلا يعلو هذا الأخير على الاول على الإطلاق إذا كما بينا فيما سبق أن التشريع الوضـعي همه و غايته و أعلى ما يمكن الوصول أليه هو حماية أفراد المجتمع و محاربـة الشذوذ عن الأوضاع و الأعراف المتعايش عليها أفراد المجتمع , فكل من شذ عن هذا يعاقب عقوبة تتلائم و درجة خطورة الإعتداء و ما ينتجه من أضرار للغير .

ـ أما الشريعة الإسلامية فهي ترى عكس القانون الوضعي حيث أقرت العقوبـة المناسبة لكل فهل يضر بمصالح المجتمع و الفرد معا و يحافظ و يحمي الفضيلة و يحارب و يقوم كل ما يضر بالمبادئ الشرعية أضرت بأفراده أم لم تضر مثل جريمة الزنا في بعض القوانين الحديثة لا تعاقب عليها إلا إذا كانت بالإغتصاب و لكن فاحشة الزنا في الشريعة يعاقب عليها و لو إتفق الفاعلان على ممارسـتها و هلم أو لئك جرا في جميع الحالات المتشابهة في تجريم الأفعال و تقرير العقوبة لها (3)

---

(1) سورة الحجر ، الآية 09.

(2) عبد القادر عودة , التشريع الجنائي الإسلامي ج 1 ص 5 , دار إحياء التراث العربي لبنان لسنة 1985 .

(3) أبو زهرة محمد الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي ج 2 ص 4 , دار الفكر العربي – بيروت لبنان

ـ كما أن أحكام الشريعة التي مصدرها من خالق البشرية كما جاء في قوله تعالى : ألا يعلم من خلق و هو اللطيف الخبير (1) أي لا يساوي هذه الأحكـام نظريا ولا واقعيا , فالفكر الإنسا مهما تطور إ قيام الساعة لن يضاهي الأحكام الشرعية لكن ا قارنة كن أن تكون إظهار الشكلية لكل منها ح يقترب الفهم ما معا و يظهر الـصا ا قيقي ا ب على اية ا صا ا قيقية و الأخذ من أحكامها ش ا الات ا ختلفة و هـو ا قصود من هذه الدراسات عامة و ح من بعض الدراسات الغربية ا سيحية حديثا .

ـ و لا ربما يشكل الفهم عند البعض للمصالح الحقيقية أهي المنفعة الظاهرة و هل هذه المنفعة لها أصول لا يختلف عليها لكون أغلب الجرائم التي حددت لها العقوبة في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي عند البعض فيها منفعـة فكل بائع للمخذرات و المسكرات ينتفع بالمال الذي يجنيه من هذا البيع و بالتالي منفعة له و كل زاني تحقق له عملية الجماع شهوته الغريزية يرى بـأن هـذا الفعل يحقق منفعة و هلم أولئك جرا , و لهذا خصصنا مبحث كامل من الفـصل الثاني لرفع الإلتباس عن المعني الشرعي للمصلحة التي هي أساس التقـدير و التقرير للعقوبة في الشريعة الإسلامية , و هذا الأمر فرضه موضوع البحث لا يمكن الإستغناء عنه ولا مخالفته إلى أن نصل إلـى معنـى الإلتـزام بـالحكم الشرعي الذي لا يتغير ولا يتبدل و صالح لكل زمان و مكـان , أمـا مقاصـد الحكم التي بها يتحقق مناط الحكم فهو يخضع للظـروف و الأحـوال و تغيـر الزمان و المكان و تدخل عليه إستثناءات جزئية تعتبر مناط عام لتطبيق الأحكام الشرعية وفق مقصدها الأصلي النقلي الثابت (2) .

---

(1) سورة الملك الآية 14

(2) الشاطبي , مصدر سابق ج3 ص42 .

الفصل الثاني:

غاية تقـــــــــرير العقوبة

وأثرها فى الشريعة الإسلامية

و

التشريع الجنائى الوضعى

ـ في هذا الفصل سنتحدث عن غاية تقرير العقوبة وفي هذا الـصدد نبحـث عن السلطات المخولة للقاضي في تقدير هذه العقوبات وتقرير غايتها في كل من التشريع الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية ، ثم نتطرق إلى أثر هـذه العقوبة في إصلاح المجتمع.

والعقوبة في ذاتها أذى يـنـزل بالجاني زجرا له، وهي بهـذه الخاصـية تستدعي التحليل المعمق لتظهر لنا ما هيتها وحقيقتها .

ـ فالأذى الذي ينـزل بالجاني مضرة لأحد أفراد المجتمع فكيـف يمكـن التوفيق بين ما هو مضرة ثم القول بالمنفعة في آن واحد .

ـ ولتوضيح هذا المفهوم الذي يراه كثير من الباحثين في العلوم القانونية مانعا للعودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في المجتمع الإسلامي المعاصر، نقدم هـذه التحلـيلات العقلية والنقلية بغرض إزالة الشبهات المفتعلة وإظهار حقائق محتجبة عبر زمن طويل

ـ فالعقوبة ليست وليدة الشريعة الإسلامية بل نصت عليها كل الشرائع السماوية وعند التأمل في النصوص الخاصة بها في التوراة والإنجيل نجد غايتها واضحة وهي حماية الفضيلة والأخلاق وتحقيق العدالة حسب مبدأ تساوي العقوبة مع الجريمة.

ـ وقد جاء في التوراة ما يؤكد هذا المبدأ حيث قال تعالى مشيرا إلى مـا جاء فيـه وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسن بالسن، والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له، ومن لم يحكـم بمـا أنزل ا فأولئك هم الظالمون . وقفـينا على آثارهم بعيسى ابن مريم، مصدقا لما بين يديه من التوراة وآتيناه الإنجيل فيه هدى ونور ومصدقا لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين (1) .

ـ وقبل أن نجيب عن تلك التساؤلات المألوفة حول قساوة أحكام الحدود في الشريعة الإسلامية وعدم ملاءمتها للعصر وغير ذلك من الأقوال غير الـسليمة نـود تقديم نظرة عامة للعقوبة في الشريعة الإسلامية ومفهومها الشامل لنجيب بعد ذلك في مباحث هذ ا الفصل على هذه التساؤلات ورد هذه الشبهات وتوضيح مقاصد الـشريعة في هذه الحياة وبا التوفيق .

---

(1) سورة المائدة، الآية 45.

المبحث الأول:
سلطات القاضي في تقدير العقوبة وتقرير غايتها في الشريعة الاسلامية

المطلب الأول : سلطات القاضي في تقدير عقوبة جرائم الحدود والغاية منها

المطلب الثاني : سلطات القاضي في تقدير عقوبة جرائم التعزير والغاية منها

المبحث الأول: سلطات القاضي في تقدير العقوبة وتقرير غايتها في الشريعة الاسلامية

- نعالج في هذا المبحث سلطات القاضي في تقدير عقوبة جرائم الحـدود والغاية منها وقبل ذلك نتعرض لنظرية المصلحة في الشريعة الإسلامية لما لها مـن أهمية في هذا الموضوع، ثم نتطرق لغاية العقوبة في الحدود والقصاص، وإظهـار المصلحة عند إقامتها مع التطرق للآراء المخالفة والشبهات المثيرة في هذا العـصر، ثم ننـتهى إلى تحديد غاية العقوبة في التعازير وعلاقة ذلك بحفـظ النظـام العـام وتحقيق الأمن .

المطلب الأول:سلطات القاضي في تقدير عقوبة جرائم الحدود والغاية منها

تعريف الحد :

الحـد : لغة "المنع" وعرفه ابن المنظور بقوله ((أصل الحد المنع، والفصل بين الشيئين)). (1)

ويظهر من هذا التعريف أن معني الحد هو الفصل بين الشيئين لئلا يخـتلط أحدهما بالآخر.

والحدود المقررة شرعا هي عقوبات علي أفعال محرمة سميت بحدود لأنها تمنع من إرتكاب الأسباب الموجهة لها.

أما في الإصلاح: فقد عرفه الشافعية بأنه ((عقوبة مقدرة وجبت زجرا عن إرتكاب ما يوجبه)). (2)

وعرفه الحنابلة بقولهم ((الحد عقوبة مقدرة شرعا في معصية للمنع مـن الوقوع في مثلها)) .(3)

وعرفه الحنفية بقولهم ((الحد عقوبة مقدرة واجبة حقا تعالي **))**. (4)

وعرفه المالكية بأنه ((ما وضـع لـمنع الجاني من عودة فعلـه وزجـر غيره **))** .(5)

----

(1) إبن منظور، لسان العرب ، دار صادر، بيروت ، لبنان بدون تاريخ ج 3 ص 116.

(2) الشربيني، مغني المحتاج دار مصطفي محمد مصر ج 4 ص 145

(3) إبن النجار، منتهي الإرادات دار العروبة، القاهرة ج 2 ص 456

(4) وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ,نفس المرجع ج 6 ص 12

(5) رسالة إبن أبي زيد القيرواني ص 568

و من كل التعاريف المذكورة نستخلص ما يلي :

1) أن الحدود شرعت بقصد تأديب الجاني وردعه فضلا رعن الردع العام لغيره من أفراد المجتمع حتي لا يقترف أحد منهم نفس الفعل, مما ينتج عن ذلك مـن فوائد جمة منها القضاء علي السلوك الإجرامي من نفوس الناس نظرا لجدية الحـدود من حيث التحديد لتلك الأفعال وتقرير العقوبة لها دون تمييز لشخـصية الجـاني، ولا عبرة لمقترفها مهما كانت الحجج الواهية التي قد يعول عليها الفاعل وينتظر النجاة من العذاب .

2) أنها محصورة في عدد محدود لا يتجاوز من أي كان, إضافة إلي تقرير عقوبتها ولزوم تطبيقها دون نقص ولا عفو عند وصول الأمـر للحـاكم ولا تبـديلها بغيرها بمجرد ثبوتها دون شبهة معتبرة شرعا وأن سلطة القاضـي مقيـدة بـالنص لايتعداه ولا ينقص منه .

3) أنها شرعت من أجل حماية المصالح الأساسية للمجتمع, وهذا هو معني لفـظ (حقوق ا تعالى) بمعني أنها وضعت خصيصا لتلك الجرائم الخطيرة التي تمس كليا المجتمع في دينه أو نفسه أو ماله أو نسله أو عقله دون أن تتعدى للمصالح المختلفـة الأخرى، مما ثبت علميا كما سيأتي توضيحه فيما بعد أنها أنجـع وسـيلة لمحاربـة الجريمة في أي مجتمع وهي وضعت علي أساس متين من علـم الـنفس, خصيـصا لمحاربة الدوافع النفسانية التي تدفع للجريمة وقررت لها دوافع مضادة لصرف التفكير والتقرب لها إذا توافرت الشروط العامة في مجتمع من تربية وتوعية ونظـام جـدي ومحكم في المجتمع.

4) إن تنفيذ هذه العقوبات يجب أن يكون علنيا في الجرائم المعاقـب عليهـا بالحدود وكذا القصاص للقاتل عند توافر الشروط, كل هذا موضوع علي أسس علميـة ثابتة لغرض تأصيل العدل في المجتمع وإظهار القوة للحق حتي لا يتطاول أي مغـامر علي مخالفة أمر الشرع في هذا المجال مما يقر في نفوس الناس وجوب الإعتدال طوعا أو كرها، وهو الأمر المفقود في القوانين الوضعية بصفة عامة، وسنبين في هذا المطلب الغاية من كل حد علي حدى.

<u>حـــد الزنـــا</u>

- قبل أن نعرف هذا الحد وشروطه وكيفية تنفيذه والغاية المقصودة به, نـود أن نبين بعض المسائل التي نراها ضرورية لأجل فهم الأحكام الفقهية التي سننقلها من مصادرها بأمانة مع التعليق عليها:

- أن ا   تعالي قبل ان يحرم الزنا ويحدد له العقوبة الخطيرة الآتي بيانها فيما بعد, قد دعا إلي الزواج الشرعي ورغب فيه كما هو ثابت في كثيـر مـن النـصوص الشرعية .

- والغاية من الزواج هي بقاء النوع البشري ولولاه لانقرض هذا النوع ولو سايرنا بعض النظريات الوضعية لوقعنا في هذه الحال لا محالة, لكون هذه النظريات لا تحرم الزنا وتؤسس تحليلاتها علي أساس إشباع غريزة البشر خارج نظام الزواج، مما يؤدي حتما إلي عدم التوالد والتكاثر وهو السبب الرئيسي في الإنقراض .

- لهذا نجد أن الحكمة الإلهية جعلت في الإنسان غرائز عديدة تدفعه رغمـا عنه لإشباع نفسه منها غريزة البحث عن الطعام ليبقي حيا، وكذلك غريـزة الجـنس والتي بالإستجابة لها يبقي نوعه وهي غريزة قوية عاتية في الإنسان تسوقه بـسلطانها إلي ما يضمن بقاءه ولولا هذه العاطفة الغريزية لما تمكن الإنسان من القيام بمهمته في هذه الحياة إطلاقا, ومن هذا المنطلق تفهم الحكمة الإلهية في خلق الإنسان بهذه العاطفة ومن غير المعقول أن يطلب ا   تعالي ترك هذه الغريزة أو محاربتها بعد أن خلق هذا الخلق، وليس هدف الشريعة الإسلامية القضاء علي هذه الغرائز الطبيعية التي لا بـد منها في هذه الحياة, لكن موقفها منها هو الإعتدال والقصد لا إفراط ولا تفـريط بـل تنظيم وتصويب للإنسان حتي يفرق عن غيره من المخلوقات الأخرى.

فالشريعة الإسلامية توجه الإنسان في مقتضيات الغريزة إلي الحـد الوسـط فهي لم تأمر أحدا بترك هذه الغرائز إنما قررت تعديلها علي الوجه الذي لا جشع فيه بروادع تردعها من دين وخلق وأعراف, لأن ما دون هذا هو إنحطاط بشخصيته إلـي دركة الحيوان وكذلك فساد للمجتمع الذي هو عضو فيه بفساده يفسد وبصلاحه يصلح

وحتي الذي يكبت نفسه عن هذه الغريزة أو غيرها, فإن فـي هـذا تعطيـل لعملها ونفي لحكمة الخالق الذي خلقها وركبها في الإنسان بغرض أداء مهامها علـى الوجه الشرعي, فلا بد من وضع حدود صارمة لتنظيم ذلك كله حتي تؤدي فيـه كـل غريزة في إطار معقول دون كبت مرذول ولا إنطلاق مجنون .

تعريف الزنا في الشريعة الإسلامية

الزنا في الشريعة الإسلامية هو كل صلة جنسية محرمة بين رجل وامـرأة وقد عرفه الفقهاء بقولهم ((هــو وطء الرجل المرأة في القبل في غيـر الملـك أو شبهة)). (1)

والزنا الموجب للحد عند الفقهاء وهو مااستوفى شروطه وأركانه الـشرعية الآتي ذكرها فيما بعد وعند تخلف أي شرط يسقط الحد ويبقي حق التعزير فقط وهـذا أمر متفق عليه شرعا .

---

(1) وهبة الزحيلي، ا الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع ، ج 06 الصفحة 26.

شرط حد الزنا :

- إشترط المشرع الإسلامي في حد الزنا خاصة شروطا عامة وخاصـة لا يمكن إقامة الحد علي الفاعل إطلاقا إلا بتوافرها معا, عكس باقي العقوبات الأخـرى التي تشترك مع هذا الحد في الشروط العامة فقط ويمكن لنا تفصيل هذه الشروط فيما يلي :

- الشروط العامة :

-(1) الإسلام : الأصل في تطبيق الحدود علي المسلمين عامة ولا يطبق أي حد علي غير المسلمين إلا أن الأئمة الأربعة إختلفوا في هذا الأمر فالأئمة أبي حنيفة ومالك وأحمد رحمهم ا لا يرون إطلاقا تطبيق حد الزنـي علـي غيـر المـسلم، وخالفهم الإمام الشافعي رحمه ا معتمدا علي الحديث المتفق عليه. (1) ((ان النبي " عليه الصلاة والسلام " رجم اليهودية واليهودي اللذين زنيا وذلك بعد أن رفع اليهود أمرهما إليه كما هو ثابت في قـوله تـعالي ((وإذا حكمت فاحكم بينهم بالقـسط)) (2).

-واعتمد الأئمة المشرطين لهذا الشرط علي صراحة النصوص الشرعية في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية علي المسلمين دون سواهم، وناقـشوا حكـم الـرجم الخاص باليهودي واليهودية في كونه كان بطلب من اليهود أنفسهم فقضي فيه رسـول ا صلي ا عليه وسلم بما أنزل ا عليه لكونه مأمور بذلك .

-(2) العقل : فلا حد علي المجنون ولا الصبي الذي لم يحتلم بعد إطلاقـا وبالإتفاق, طبقا لحديث رسول ا عليه الصلاة والسلام ((رفع القلم عن ثلاث عـن الصبي حتي يكبر، وعن النائم حتي يستيقظ، وعن المجنون حتي يفيق))(3)

-(3) البلوغ : وهو شرط أساسي لكون الصبي الغير المحتلم لا يطبق عليه حد كمـا هو ثابت بنص الحديث السالف الذكر ولو كان الفعل قد تم من طرفه، غير أن الصبي إذا زني مع المرأة البالغة فعليها حد دونه.

---

(1) أخرجه الإمام الترميذي ص 443 حديث رقم 1440 .

(2) سورة المائدة الآية 42 .

3) أخرجه الإمام الترميذي الجامع الصحيح صحيح دار إبن حزم ص438 حديث رقم 1427.

-(4) الإختيار : ويعني به عدم الإكراه المسقط للحد غير أن الفقهاء لهم تدقيقات في هذا الشرط **نلخصها فيما يلي :**

- فالإمام أبو حنيفة رحمه ا في رواية عنه, يقر بزنا الرجل ولو إدعى الإكراه وهو آثم مادام الفعل لم يرخص به عند الإكراه عكس الأمور الضرورية التي جعل ا فيها رخصة بنص صريح، لذاك لا يمكن ان ينقل الفعل المنهي عنه إلا مباح مادام محرما بنص قطعي في قوله تعالى **((ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلا)).** (1)

غير أن المرأة لا تأثم إذا استكرهت في ذلك ومكنت نفسها للرجل تحت تأثير الإكراه التام، وعلل الحنفية ذلك بقولهم أن الرجل لا يتصور إكراهه من المرأة إلا إذا رضي بذلك وما دام راض عن الفعل فلا يمكن الإعتذار بالإكراه المضاد للرضى، وخالف هذا الرأي الإمام الكاساني بقوله ((وهذا عندي فيه نظر بأن فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة، ألا ترى أن ا سبحانه وتعالى سماها زانية, فاحتمل الوصف بالخطر والحرمة فينبغي ألا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة، فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل)) (2) .

غير أن هذه الرواية خاصة بالحرمة وإثبات الإثم أما العقوبة وإثبات الحد, فقد وردت رواية أخيرة عن الإمام أبي حنيفة تنفي إقامة الحد لوجود شبهة إذا كان الإكراه تاما. (3)

أما الملكية فأوجبوا الحد على المرأة والرجل على السواء إلا عن المرأة التي جاءت ببينة على استكراهها، كدم البكر أو كتصريح النية عن الفعل لغيرها.

قال إبن رشد ((لا خلاف بين أهل الإسلام أن المكرهة لاحد عليها))(4).

وظاهر من هذا القول أن إبن رشد ينفي الحد عن المرأة المستكرهة قطعا دون الرجل وخلاصة آراء العلماء في هذا الشرط أنهم اتفقوا جميعا على حرمة الفعل لبقاء النهي القطعي عنه بنص صريح دون ترخيص من الشارع للمكره والمكرهة ودون إستثناء عام أو خاص، وهو معصية تستوجب التوبة لثبوتها لكن العقاب الدنيوي أي إقامة الحد فهو موضع الخلاف بين الفقهاء .

---

(1) سورة الإسراء الآية 32.

(2) الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1993م، ج 07 ص 178 .

3) أبوزهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي وما بعدها بتصرف دار الفكر العربي بيروت ، لبنان ص: 496 بتصرف.

(4) إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار المعرفة بيروت ط السادسة 1403 هـ الموافق 1983م ص 444 بتصرف.

ثبوت الزنا ثبوت قطعي

وهذا الشرط متفق عليه عند علماء المسلمين بدليل قـــــوله صلى ا عليه وسـلم ((إدرؤوا الحدود على المسلمين ما إستطعتم .....الذين)). (1)

فلا يقام أي حد على شبهة مطلقا ولو تكاثرت الإدعاءات والشكوك حتـى وإن كـان المتهم سبق حده .

وهذا في رأي الشريعة أساس الحكم وواجب شرعي, خاصة إذا علمنا أن الحد الثابت قطعا هو ما ا ستوفى شروطه العامة والخاصة وان تخاف أي شرط يسقط الحد قطعـا ويبقى التعزير قائما يرد تقديره إلى القاضي الفاصل في الإدعاء .

وما يمكن قوله في هذا الشرط الأخير خاصة هو ما يلي :

ـ أن توفر الشروط العامة شيئ طبيعي وممكن الحـصول، ودون توافرهـا يـصبح العقاب فوضوي حيث تستحال غاية العقوبة بعدم توفر هذه الشروط ولايمكن للمجنون المعاقب أن يـنـزجر عن الفعل المحرم مادام لا يعقل الحرمة أساسا وكذلك غيره .

ـ أما الشروط الخاصة فيستحال توفرها على الإطلاق إلا إذا كان الفاعـل فاسد الخلق مستهترا بالمجتمع وأفراده وإلا كيف يمكن معاينته من أربعة شـهود فـي وقت واحد، ألا يدل ذلك على أنه مستهتر بكرامة المجتمع ومتعمد على نـشر الفـساد بين أفراده وسنبين ذلك أثناء كلامنا عن هذه الشروط الخاصة .

الشروط الخاصة

إضافة إلى الشروط العامة في حد الزنا فقد حـددت الـشريعة الإسـلامية شروطا خاصة في هذا الحد وهي بمثابة أركان الفعل إن اختل واحد منها سقط الحـد بالإتفاق لكن دون سقوط التعزير الذي يبقى من صلاحية القاضي الشرعي، وقد فرقت الشريعة الإسلامية بين زنا غير المحصن وزنا المحصن .

-فبالنسبة لغير المحصن يشترط ثبوته بالإقرار التام أو بشهود أربعـة فـي حالة واحدة أو ببينة قاطعة لا تثبت العكس وهي محصورة بثبوت الحمل لدى المـرأة الغير متزوجة (2) بشرط عدم إدعائها الإكراه.

---

1) الإمام الترميذي الجامع الصحيح ,دار إبن حزم ص 438 حديث ج 1428 .

(2) إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مرجع سابق ج 02 ص 438 .

- أما الإقرار المعتد به في الشريعة الإسلامية فهو إقرار من توافرت فيه الشروط العامة من الإسلام، الحرية، البلوغ وغيرها واشترطوا أن يكون بصريح العبارة دون ريب في القول، وقد اختلف الفقهاء اختلافا واضحا في شروط هذا الإقرار, فمنهم من اشترط الإقرار أربعة مرات كاملة حتى يقبل منه ذكرا كان أو أنثي وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وكذلك ابن أبي ليلي وأحمد وغيرهم، ومنهم من قال يعد المقر مرة واحدة وهو قول الشافعي.

ومالك، والدليل المعتمد عليه في قول الإمام مالك والشافعي هو الحديث.

الذي رواه أبو هريرة عن رسول ا "صلي ا عليه وسلم " في واقعة الأعرابي الذي إستفسر رسول ا " صلي ا عليه وسلم " حول زنا إبنه بامرأة رجل فأجابه ((........... فأما ابنك ....اغد يا أنس علي إمرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، فاعترفت فرجمها)). (1)

- وأما دليل أبي حنيفة وغيره فهو حديث إبن عباس عن النبي (صلي ا عليه وسلم) ((أنه رد ماعزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه)).

وحتى بعد الإقرار والفصل النهائي في الحد, فقد اختلف فقهاء الشريعة عن من تراجع في إقراره وكذب نفسه لأي سبب من الأسباب, فقال جمهور العلماء بقبول رجوعه ولا يعد إلا إبن أبي ليلي وعثمان قالا بعدم قبول رجوعه .

-وأضاف الإمام مالك تفصيلا عما ذكر بحيث رأى الرجوع بشبهة يقبل منه، والرجوع بدون شبهة لا يقبل ويحد (2).

-أما شرط الشهود فقد إتفق علماء الإسلام علي أن الزنا يثبت بشهود إذا كانوا أربعة بالتمام وإذا كانت شهادتهم بمعاينة الفعل لا الفاعلين وأكثر من ذلك إشترطوا رؤية الفرج لا رؤية الجلوس أو الإختلاء أو ما شابهه وبتفصيل فقهي حدد أن يروا كلهم ويعاينوا الوطء في الفرج كالميل في المكحلة (3).

---

(1) العسقلاني، فتح الباري، ج 12 ص 115، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1402 هـ.

(2) (بداية المجتهد ج 2 ص 438) مرجع سابق.

(3) (الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته ج 6 ص 47) مصدر سابق.

-كما إشترطوا إجماع الشهود علي فعل واحد في زمان واحد في مكان واحد وأن تكون شهادتهم في مجاس واحد غير متفرقين وإلا ردت شهادتهم وحـدوا بحـد القذف، وترد شهادة الأخرس والأعمى ومن في حكمهما وكذلك إشترطوا عدم التقـادم في الدعوى أي لا تتعدى مدة الفعل 06 شهور علي أكثر تقدير .

-أما الشرط الثالث الذي هو البينة القطعية وهي المحصورة فقها في ظهور الحمل عند المرأة الغير المحصنة فإن الفقهاء إختلفوا في ذلك علي رأيين مـشهورين, الطائفة الأولي أوجبت فيه الحد إذ لم تنف ذلك بأمارة علي إسـتكراهها، وهـو قـول الإمام مالك والرأي الثاني ينفي الحد علي المرأة خاصة دون الرجل إلا عند الـبعض كما أسلفنا سابقا وهذا الرأي هو لأبي حنيفة والشافعي . (1)

والرأي الراجح هو عدم إقامة الحد على المستكرهة خاصة كما هو ثابت عند ابن رشد وغيره. (2)

<u>الشروط الخاصة في المحصن</u>

لقد إشترط الفقهاء في المحصن إلى جانب الشروط العامة المذكورة وكـذلك الخاصة السالفة الذكر في غير المحصن، شرطا رابعا وهو الإحصان بمعناه الصحيح ،لكنهم اختلفوا في مفهوم الإحصان فمنهم من جعل مجرد الزواج الصحيح إحصانا ولو طلق أو ترمل في يومه ثم زنا بعد ذلك فهو أرمل يحد. (3)

وهناك من جعل الإحصان عاما, حيث شمل الشروط الخاصة مع العامة وهم الحنفية الذين فرقوا بين إحصان الرجم وإحصان القذف وجعلوا إحصان الرجم بشروط سبعة لا يرجم الزاني إلا إذا توافرت كلها وهي :

العقل ـ البلوغ ـ الحرية ـ الإسلام ـ النكاح الصحيح والدخول في النكاح الصحيح على وجه يوجب الغسل ولو من غير إنزال كون الزوجين جميعا على هـذه الصفات وقت الدخول.

---

(1) و (2) و(3) (ابن رشد، <u>بداية المجتهد ونهاية المقتصد</u> ج 2 ص(440) مصدر سابق.

شروط القذف:

إتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على الشروط الواجب توافرها في القاذف حتى يطبق عليه هذ الحد وهي:

البلوغ والعقل فلا حد على القاصر ولا على المجنون, إضافة إلى ذلك فقـد اتفقوا على أن الصيغة التي تعتبر قذفا هي صيغة نفي النسب , مع وجوب النطق بها صراحة لفظا لاتعريضا ولا يثبت هذا الحد بعلم الامام (القاضي الشرعي) بل لابد من الشهود وهما رجلان عدلان يقران بصحة التلفظ بلفظ نفي النسب من طرف القـاذف شخصيا البالغ سن الرشد والعاقل للمقذوف شخصا واسما, والذي يشترط فيه أيضا أن يكون مسلما, غير أنه اذا قذف شخص رجلا أمام القاضي وفي مجلسه يحد دون شرط الشهود لأن هذه الحالة تعتبر إقرارا أمام القاضي وفي مجلسه وليس حكما بعلمه.

وحد القذف له عقوبة أصلية وهي الجلد , وعقوبة تبعية والتي هي عدم قبول الشهادة للقاذف. (1)

والشريعة الإسلامية لا تعاقب أصلا عن القذف الا إذا كان كـذبا وبهتانـا , فان كان تقريرا لواقع فليس بجريمة ولا عقوبة عليه , إذ أن الباعث لهذا الفعل عـادة هو الحسد وحب الانتقام بين الناس أو الانتقاص من شرف وكرامة الغيـر, ولغـرض منع ذلك منعا باتا, حددت الشريعة الإسلامية العقوبة الملائمة والمانعة لكل من يفكـر في القذف بمجرد علمه العقوبة .

ورغم أن التشريع الوضعي أخذ بعقاب القاذف لكنه يختلف عـن الـشريعة الاسلامية التي حصرت القذف في موضوع واحد وهو نفي النسب أو أحد أسبابه .

---

1)) عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية دار إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ط1985، ج 1 ص 646.

أما التشريع الوضعي, فإنه جعل القذف جريمة عامة, فكل من قذف غيره بـأي فعـل مجرم مهما كان يعتبر في حكم القاذف, مثل القذف بالرشوة أو بالسرقة لكن لابد مـن ظهور عدم صحة ادعاء القاذف , حينذاك يحكم عليه بجرم القذف بعقوبة الحبس والتي لاتتعدى الستة أشهر , إضافة إلى غرامة مالية تتـراوح بـين 150دج و1500دج أو بإحدى هاتين العقوبتين. (1)

وقد اشترط القانون الوضعي شروطا ثلاثة لهذه الجريمة:

1)إسناد واقعة معينة لو صح ثبوتها لأوجبت العقاب .

2) حصول هذا الإسناد علانية قولا أو بالكتابة .

3) أن يقصد الجاني إثبات تلك الواقعة.

----

1) أنظر المادة 298 من قانون العقوبات الجزائري.

حـــــــد السرقـــــــة:

السرقة لغة هي(أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية).

وأما في اصطلاح الفقهاء فهي ((أخذ مال الغير من مكلف مستترا من غير أن يكون مؤتمنا عليه)) .(1)

ومن هذا التعريف إستنبط فقهاء الشريعة الإسلامية الشروط الواجب توافرها في هذا الفعل حتى يعاقب فاعله بالحد المحدد في كتاب ا تعالى في قوله :" والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءا بما كسبا نكالا من ا وا عزيز حكيم، فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن ا يتوب عليه إن ا غفور رحيم " .(2)

وبينت السنة شرط القطع في الحديث الذي رواه عبد ا بن عمر أن رسول ا صلى ا عليه وسلم " قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم " .(3)

ومن هذه النصوص يتبين بأن السرقة في الشريعة الإسلامية نوعان : سرقة عقوبتها القطع وأخرى التعزير فقط .

-فأما السرقة التي عقوبتها القطع فيشترط فيها النصاب السالف الذكر مـع توافر شروط أخرى كالحرز وانتفاء شبهة الملك أو شـبهات أخـرى مثـل : سـرقة الجماعة وغير ذلك من الشروط التي لا بد أن تتوافر مجتمعة, فلا قطع فيما إختلف فيه بين الفقهاء .(4)

----

(1) إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مرجع سابق الموافق 1983م ج2 ص445 وما بعدها بتصرف.

(2) سورة المائدة الآيتان (38 و39).

(3) أخرجه الإمام مالك في الموطأ تنوير الحواالك شرح على موطأ الإمام مالك , دا ر الكتاب العلمية ج 2 ص47.

(4) علي أحمد: القصاص والحدود في الفقه الإسلامي ص79.

كما جاء في بعض كتب الفقهاء خاصة إذا علمنا بأن الإختلاس والخطف والغصب وما شابه ذلك, ليس بالسرقة المعاقب عليها بحد ورغم أن السرقة تـروع الجميع إلا أنها إذا لم يتكن وفق الشروط المذكورة سالفا فلا توجب الحد لكن وجب فيها التعزير بالحبس أو بعقوبة يراها الحاكم صالحة لردع الجاني ومنـع إنتـشار فعله.

ومن هنا يتبين لنا أن غاية العقوبة في حد السرقة هـي ترهيـب العـام والخاص ومنع الإقتراب إلى أموال الناس دون ضرورة حادة ومجرد إعلان بعقوبة السرقة يحجم الجميع عن الفعل خوفا من العاقبة ولا حاجة بعد ذلك لتطبيق هذا الحد كما وقع في التاريخ الإسلامي .

حـد الحرابـــة

الحرابة هي إخافة الناس في الطريق لأخذ المال على سبيل الغلبة وبالقوة أو قتل الإنسان وأخذ ماله, ويسمى الفعل حرابة إذا كان بإحدى الأوصاف الأربعـة التالية:

01- الخروج عن طاعة ولي الأمر لغرض قطع الطريـق وأخـذ المال بالقتل أو بدونه.

02- إذا خرج وأخذ المال لكن لم يقتل .

03- إذا خرج وأخذ المال وقتل الناس .

04- إذا خرج ولم يأخذ المال ولم يقتل لكنه أخاف الناس.

وفي كل الأحوال يعتبر الحد قائما ومستوفيا لشروط وجوب العقوبة مـع الإستثناءات الواردة على هذا الحد والمتمثلة فيما يلي :

01- خروج جماعة عن طاعة الإمام عن تأويل في حكم شرعي إذ يجـب حـل حكم التأويل فإن عادو إلى الصواب خضعوا لحكم الصلح عفى عنهم وإلا قتلوا.

02- أن لايكون قد تابوا من قبل قتالهم فالتوبة قبل القتال تسقط الحد فقط و يبقى التعزير لرأي الإمام و أهل الرأي .

03- أن لا تكون لهم الشوكة أي بغاة خارجيين على الإمام بسبب من الأسـباب فلا حد عليهم إلا بعد الصلح فإن رفضوا الصلح قتلوا لكن يحرم قتل غير البغاة ولا يتعدى القتل المدنيين و لا لأبناء المحاربين و غيرها .

- و هذا الأمر هو ما يعرف بالإختلاف السياسي بين الحاكم و غيره مـن الزعماء أو أهل إمارة أو الولاية أو طائفة معينة من طوائف الإسلام كـالخوارج و من سار عن منهجهم.

حد شرب الخمر:

_كل شراب مسكر حرام شرعا, سواء كان هذا الشراب من عصير العنب أو تمر أو غيره.

ولذلك عرفت الخمر إصطلاحا بأنها شراب مسكر, مطبوخا كـان أم غيـر مطبوخ وهو رأي الجمهور والعلماء قديما وحديثا وخالفهم أبو حنيفة النعمـان ومعـه الكوفيون الذين حصروا الخمر فيما صنع من العنب والتمر فقط. (1)

وقد نص على تحريم الخمر عامة في كتاب ا تعالى في قولـه: يأيهـا الذين آمنوا إنما الخمر والمسير والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر ا وعن الصلاة فهل أنتم منتهون .(2)

فهذا النص دليل قاطع على تحريم الخمر بعدما مر التحريم بمراحل سـابقة متدرجا في الحرمة نظرا للواقع المعروف عن الخمر فى عهد النبـوة فـي الجزيـرة العربية وغيرها كما قال الشاعر:

إذا مت فادفني إلى جانب كرمة

تروي عظامي بعد موتي عروقها. (3)

والجمهور على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام, سواء كـان ذلـك الخمـر مصنوعا من العنب أو التمر أو غيره، ورغم ما توصل إليه العلم الحديث في الكـشف عن أضرار شرب الخمر إلا أننا نلخصها فيما يلي :

01- شارب الخمر يفقد التركيز الكامل في تفكيره وتكثر سقطات لـسانه وعدم قدرته على ضبط نفسه في كل أعماله.

02- نسبة عالية جدا من حوادث المرور التـي تزهـق بـسببها الأرواح سببها شرب الخمر, إضافة إلى كون الشرب سببا رئيسيا في كثير من الجرائم المختلفة خاصة جرائم القتل العمدي وجرائم زنا المحارم والإهمال العائلي وما شابههما.

---

(1) الماوردي الأحكام السلطانية ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر ط 1983 ، سبيل السلام ص: 24 جزء 4.

(2) سورة المائدة الآيتان (90 و91).

(3) الشاعر هو معجن الثقفي عاش زمن عمر بن الخطاب (ر) وأقام عليه الحد عدة مرات، أنظر القرطبي ج 3، ص 57.

03- شرب الخمر يؤثر على صحة الإنسان ويؤثر فيها تأثيرا واضحا بل حتى على الأبناء, إذ أثبتت الدراسات الطبية أن أمراض الكحول تنتقل بالوراثة.

و قد اختلاف الفقهاء في مقدار الحد :

فذهب الجمهور إلى مقدار (80) ثمانين جلدة منهم عمر بن الخطاب "رضي ا عنه " وعلى بن أبي طالب وعبد الرحمان بن عوف والأئمة من بعدهم منهم أبـي حنيفة النعمان ومالك والشافعي في قول عنه وأحمد أيضا في رواية عنه. (1)

أما من قال بأن مقدار الحد (40) أربعون جلدة فهو مذهب الإمام الـشافعي ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل والقول الثالث وهو مقدار الحد (40) أربعون جلـدة وللإمام أن يزيد إلى (80) ثمانين جلدة كأعلى مقدار وهي الرواية عن على كـرم ا وجهه في الحادثة المشهورة في عهد عمر عندما إنتشرت الخمر في عهده بتـأويلات بعض الجهلة فتشاور الصحابة فقال على (رضي ا عنه) ((أنه إذا شرب سـكر (2) وإذا سكر هذى وإذا هذى إفترى وعلى المفتري جلده ثمانون (80 جلدة) فأمر عمـر بجلد السكران (80 ثمانون) جلدة و رأي العلماء المتأخرين في الحـد بمقـدار (40 أربعون) جلدة وبإمكان تشديده عند الحاجة إلى (80 ثمانون) جلدة)).

---

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق ج 06 ص 151 .

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص 444 .

المطلب الثاني : سلطات القاضي في تقدير عقوبة جرائم التعزير والغاية منها

التعزير: لغة المنع أو النصرة أي المنع من العدو وشرعا : هـو التأديـب والإهانة دون الحد, لكونه يمنع الجاني من العودة للفعل المحرم الذي ارتكبه سواء كان جناية أو معصية لاحد فيها أصلا في الكتاب أو السنة, مثال ذلك : الإفطار في شـهر رمضان• التعامل بالربا وغيرهما .

و يقوم ولي الأمر أو نائبه بالتعزير في كل مايراه مسيئا للمجتمع أو منهى عنه شرعا مهما كان الفاعل, وذلك إما بالزجر بالكلام أو بالضرب الغير المؤدي إلـى عاهـة أو بالحبس, كل ذلك حسب مايراه الإمام أو نائبه رادعا للفاعل . و لكون الحـبس مـن التعزير فقد شدد الفقهاء في الحالات الجائز فيها, سواء كان ذلك في الحبس الإحتياطي أو السجن بحكم القاضي .

و قـد سبق لنا أن تكلمنا عن مشروعية الحبس والأدلة التي أستند إليها الفقهاء الذين يجيزونه. (1)

و يشرع الحبس في التعزير في ثمانية مواضع حددها الإمام القرافي في كتابة الفروق وهي:

- 01 حبس الجاني لغيبة المجني عليه لحفظ أصل القصاص.
- 02 حبس الآبق سنة حفظا للمال رجاء أن يعرف صاحبه.
- 03 حبس الممتنع عن دفع الحق.
- 04 حبس من أشكل أمره في العسر واليسر إختبارا لحاله فإذا ظهر حاله حوكم بموجبه عسرا أو يسرا.
- 05 الحبس للجاني تعزيرا وردعا عن معاصي ا تعالى.
- 06 يحبس من امتنع عن التصرف الواجب كمن دخل الإسلام وهو متزوج بأختين وامتنع عن طلاق واحدة.
- 07 من أقر بمال مجهول عنده ورفع تعيينه إلا أن تتم الإستجابة لطلب ولى الأمر.
- 08 حبس الممتنع في حق ا تعالى مثل ترك الصوم عند غير القائلين بوجوب قتله عند رفض التوبة .(2)

---

(1) شهاب أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرفي، الفروق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج 4 ص: 79 .

(2) المصدر سابق ص 79 بتصرف.

قال القرافي في تأكيد ما ذهب إليه) :((أن الحبس في ماعـدا الثمانيـة لا يجوز ●ولا يجوز الحبس في الحق إذا تمكن من استيفائه, فإن امتنع المدين من دفـع الدين وعرف ماله أخذ منه عنوة مقدار الدين ولا يجوز حبسه, وكذلك إذا ظفرنا بماله أو بيته أو شيء يقضى به الدين, رهنا كان أو غيره فعلنا ذلك ولا نحبـسه لأن فـي حبسه استمرار ظلمه ودوام المنكر في الظلم)) . (1)

كما أجاز فقهاء المالكية والحنفية أن تكون عقوبة التعزير بالقتل سياسـة أو لمصلحة المجتمع, مثل حالة العودة لبعض العادات الفاسدة والمفـسدة للمجتمـع مثـل ممارسة فعل اللواطة عند المالكية .(2)

وكذلك من سب النبي " صلى ا عليه وسلم" من أهل الذمة, فيقتل سياسـة عند الحنفية (3)حتى وإن دخل الإسلام بعد التمكن منه, لكون المسلم إذا سـب النبـي " صلى ا عليه وسلم" يقتل سياسة كما نقل ذلك عن القاضي عياض .(4)

ومن باب مصلحة المجتمع أجاز بعض العلماء قتل السارق إذا تكرر فعلـه وكذلك من تكرر منه فعل الزيغ بالمجتمع أو كل من لا يدفع شره إلا بالقتـل, فيقتـل سياسة للحفاظ على راحة المجتمع وسلامة أفراده ونظامه العادي, الذي يضطرب بفعل غير شرعي منهي عنه, مثال ذلك ممارسة السحر والزندقة وكذلك قتـل الجاسـوس المسلم إذا تجسس للعدو على المسلمين, خاصة إذا كان العدو في حرب مع المسلمين, باستثناء أبي حنيفة والإمام الشافعي الذي يرى عدم قتله وحبسه بما يراه ولـي الأمـر مانعا للأذى.

لكن إتفق الفقهاء على قتل الجاسوس الكافر الحربي واختلفوا فـي المعاهـد والمستأمن, وعموما فإن الرأي الراجح في المذاهب الإسلامية

----

(1)القراض, الفروق مرجع سابق ج4 ص79.

(2) شهاب أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرفي، الفروق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج 4 ص: 79.

(3) الدردير الشرح الكبير، مرجع سابق ج 4 ص 355.

(4) بن عابدين، رد المحتار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1966 ج 3، ص(196).

وعند جمهور العلماء, متجه نحو قتل كل من لا يرد فساده إلا بالقتل لأجل الحفاظ على سلامة المجتمع, مثل الذي يرتكب جريمة التفريق بين المسلمين سواء كان ذلك بدعوة إلى بدعة ضالة في الدين ولو بتأويل باطل إذا كان المفرق يتعمد التفرقـة في دعوته لصالح الدولة المعادية أو بدعوة إلى نظرية مخالفة للدين المراد بها الفـساد في الأرض والقضاء على تعاليم الصلاح وحسن الخلق, فله نفس الحكم أن يقتل سياسة مثل : دعاة الإباحية •و دعاة نفي التوحيد ونشر الإلحاد وما شابه ذلك مـن معتـادي الفساد والإجرام عموما هذا إلى جانب التعزير بوسائل أخرى قد يراها الحاكم مفيـدة للقضاء على الفساد والمفسدين, وهو ما يعرف بالتعزير بالمال, إلا أنه مختلـف فـي جوازه وفي شرعيته, فمن أنكر جوازه عموما دون قيد, المذاهب الأربعة عامة بحجـة تسلط بعض الحكام على أخذ مال المسلمين عنوة, ظلما وعدوانا .

لكن بعض العلماء يرون جواز التعزير بالمال في مواضع محـددة شـرعا لا يجوز تعديها, منهم الإمام مالك وأحمد والإمام الشافعي في أحد قوليه (1)مستندين فـي أرائهم على الأدلة الشرعية التالية:

01- أمره (صلى) أخذ منظر من قال ما نهى الزكاة. (2)

02- حرق أماكن التي تباع فيها الخمر من طرق عمر ابن الخطاب. (3)

---

(1) الشاطبي، الإعتصام، مرجع سابق ، ج 2، ص 123 ومابعدها.

(2) يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1984، ج 1 .

(3) عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، المطبعة العالمية القاهرة، مصر، 1389هـ ، ط:4، ص 22.

وهؤلاء المجيزون بالتعزير بالمال جعلوه حقا لولي الأمر إذا رأى مسلما مفـسدا لماله مضرا لنفسه أو للمجتمع, فيجوز سلب كل ماله إلى أن يعود إلى صوابه ويتوب مما يفعله ليرد إليه, لكن إذا أعاد الكرة وأيس من توبته, صرفه الحاكم عـن مـصالح المسلمين ولا يدخله إلى بيت المال مادام ليس له سبب شرعي, باستثناء عمـال بيـت المال إذا وجد لديهم مال غير معروف المصدر, فإنه يعود لملـك بيـت المـال, أمـا مصادرة أموال المسلمين وغيرهم فلم يرخص لأحد بسلبها بأي حجة من الحجج الغير الشرعية● و قد بين ابن تيمية رحمه ا أقسام العقوبات المالية فـي ثلاثـة أنـواع : الإتلاف، التغيير، التمليك .(1)

الإتلاف : ويكون في المحلات التي خصصت للمحرمات والمنكرات مثل : الملاهي● المخامر، أماكن الدعارة والتماثيل المخصصة لنشر عقيدة فاسدة, كل هـذه وما شابهها تتلف عن آخرها ويقضي الحاكم بما يراه على أصحابها أو مريديها.

التغيير : مثل تغيير العملة المتداولة بين المـسلمين لغـرض إقتـصادي أو سياسي, بشرط التغيير بالمثل أو تغيير المطاعم التي يباع فيها الخمر في بيع الحـلال وما شابه ذلك قياسا.

التمليك : هو عقوبة مالية على السارق, فمن كتم نعجة جلد نكالا لـه حتـى يرد النعجة ويغرم أخرى معه.

---

(1)تقي الدين ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، مكتبة دار الأرقم، الكويت، الطبعة الأولى 1983، ص 52 وما بعدها.

المبحث الثاني :سلطات القاضي في تقدير العقوبة وتقرير غايتها في التشريع الجنائي الوضعي .

ـ لقد إتجهت معظم التشريعات الوضعية الحديثة إلى زجر المجـرم لتحقيق ما يسمى بالوقاية العامة والخاصة من الإجرام، ويعني بالوقاية العامة منع العامة من إتيانها نظرا لما لمسوه من الجزاء على كل مرتكب للجريمـة، أما الوقاية الخاصة فمعناها ردع المجرم بالعقوبة على فعله المخالف للقـانون لكي لا يعود إلى مثله, ويختلف الزجر من جريمة إلى أخرى حسب خطورته على المجتمع ونظامه ولذلك نجد المشرع الوضعي قسم العقوبات إلى ثلاثـة أنواع حسب جسامتها .

عقوبات للجنايات، وعقوبات للجنح وعقوبات للمخالفـات وحـددت الغاية لكل نوع من هذه العقوبات وسنوضحها فيما يلي :

المطلب الأول: سلطات القاضي في تقدير عقوبة جرائم الجنايات والغاية منها

الجناية لغة هـي: إسم لما يجنيه المرء من شر وما إكتسبه، تسمية المصدر جنى عليه شرا، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم دون غيره . (1)

أما في الإصطلاح القانوني فهي الجريمة الخطيرة التي يعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت. (2)

و قد نص المشرع الوضعي الجزائري في المادة الخامسة من قانون العقوبات على عقوبة الجنايات بقوله : ((**العقوبات الأصلية في مواد الجنايات هي : الإعدام، السجن المؤبد والسجن المؤقت تتراوح بين خمـس سـنوات وعشرين سنة**)) . (3)

وجعل المشرع الوضعي الجزائري الجزء الثـاني تحـت عنـوان **التجريم** وبين في الكتاب الثالث الجنايات والجنح وعقوباتها، وخصص الفصل السادس لكل الجنايات والجنح ضد الأمن العمومي، أو كما سماها بالجنايـات والجنح الماسة بالسلامة العمومية والجنايات والجنح ،ضد الأفراد والأمـوال والشرف وأمن الدولة .

---

(1) عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية مرجع سابق ، ج 1 ص 67،

(2)أضافت بعض التشريعات الوضعية عقوبة الأشغال الشاقة كما هو الحال في القانون المصري م 10 ق ع م .

(3) نص المادة 1/5 من ق ع ج الصادر في 1966/07/08 و المعدل مرجع سابق .

ـ وقد نص صراحة في المادة الرابعة من نفس القانون على المذاهب الفلسفية التي إعتمد عليها في تقرير العقوبات وغايتها بقولـه : **((يـــكون جـزاء الجرائم بتطبيق العقوبات، وتكون الوقاية منها بإتخاذ تدابير أمن))** .

وظاهر هذا النص أن المشرع الوضعي حدد غايـة العقوبـة بعـد وقوعها حسب نظرية جروزيو ومن جاء بعده, أي ردع الجاني وغيره مـن إرتكاب الجريمة وتسمى هذه النظرية بالأتجاه النفعي للعقوبة .(1) بينمـا أخـذ بنظرية الدفاع الإجتماعي التي إعتمدتها المدرسة الحديثة فـي الوقايـة مـن الجرائم قبل وقوعها، أي بإتخاذ تدابير أمن ويمكن لنا توضيح هذا النص فـي العناصر التالية :

1)- تنص المادة 84 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي :

((كل من يرتكب إعتداء يكون الغرض منه نشر التقتيـل أو التخريـب فـي منطقة أو أكثر يعاقب بالإعدام، وتنفيذ الإعتداء أو محاولة تنفيذه يعتبر فـي حكم الإعتداء)) .

- من هذا النص يتبين أن المشرع الوضعي الجزائري أخذ بمفهـوم الزجر والردع في الجنايات، فإذا وقعت الجريمة فلا بد من الجـزاء للجـاني حتى يزجر بالعقوبة، ويحجم عنها مستقبلا، مادام قد خـالف القـانون الـذي يحمي مصالح الجماعة، التي لا يستقر حالها إلا إذا رأت المعتدي على سلطة القانون عوقب جزاء لفعله .

---

(1) مأمون محمد سلامة قانون العقوبات القسم العام مرجع سابق ص628 .

و من جهة أخرى فإن الزجر كغاية للعقوبة يؤدي إلى ردع الغيـر، وبذلك تؤدي الوظيفة غايتها الأخرى وهي التهديد العام بإنزال العقوبة علـى كل مخالف لأوامر القانون، ويحيق به كما حاق بالجاني الذي ارتكـب فعـلا مجرما وثبتت مسؤوليته عنه وبهذا تحول دون إرتكاب جرائم مـستقبلا مـن الأفراد الآخرين ويرى فيورباج ((**أن جميع الجرائم ترتكب لإشباع حاجة أو نفع الجاني وهذا الدافع النفسي يمكن مقاومته فقط عـن طريـق التهديـد بتوقيع أذى أكبر درجة من النفع الذي ينتظره الجاني من الجريمة))** (1).

فالعقوبة المحددة في المادة (84) السالفة الذكر أخذت بهذا المفهـوم فشددت العقوبة إلى أقصى ردع ممكن للحيلولة دون وقوع جرائم مـن هـذا النوع في المجتمع، لكن هل الزجر أو الردع يؤدي إلـى محاربـة الجريمـة والقضاء عليها ؟ الظاهر من الإحصاءات الجزائية يفند ذلك مطلقا كما سنبينه في جدول الإحصاءات الرسمية في آخر هذا البحث .

ـ ونظرا لما آلت إليه هذه الفلسفة من فشل ذريع في تحقيق الغايـة من العقوبة، فقد إجتهد المشرع الوضعي، وقرر بنظرية الوقاية من الإجرام، أو ما يسمى عند علماء القانون الجنائي بنظرية الإصلاح لكن ذلـك يـشترط بنص صريح عدم إرتكاب الجريمة وهذا نظري محض إذ لم نقل بأنه خيالي.

---

(1) مأمون محمد سلامة قانون العقوبات (القسم العام) مرجع سابق ص 628 . .

المطلب الثاني: سلطات القاضي في تقدير عقوبة جرائم الجنح والمخالفات و الغاية منها:

أولا: الجنح

- الجنحة في نظر القانون هي الجريمة الأقل خطرا من الجناية ولا تتجاوز عقوبتها الخمس سنوات حبس أو غرامة مالية أقصاها ألفي دينار جزائري, كما نصت عليه المادة الخامسة من الفقرة الثانية من قانون العقوبات الجزائري .

- ويتضح من الإستقراء للعقوبات المقدرة للجنح أن غايتها زجر الناس عموما وتحذير كل من تسول له نفسه مخالفة القانون كما أن العقوبة تهدف إلى الوقاية من الجريمة لكونها فرضت مسبقاالعقوبة على كل مخالف للقانون، وهذا عامل نفسي يجعل التفكير في إتيان فعل مجرم مقترن بإنتظار الجزاء المتمثل في العقوبة كما أن أغلب النصوص تجرم محاولة إرتكاب الجريمة وكذلك المساهمة والإشتراك وحتى عدم التبليغ بالجرائم أو التحضير لها ولهذا تكون العقوبة رادعة لكل الأسباب التي تؤدي عادة إلى إرتكاب الجرائم ، وسلطة القاضي محصورة بين الحد الأقصى والحد الأدنى للعقوبة إذا ثبتت التهمة وأدين الجاني قضائيا مع مراعاة ظروف التخفيف عند توفر شروطه أو التشديد في حالة جسامة الخطر و المتهم .

ـ لكن هل هذه الغاية من العقوبة حققت النتائج المقررة لها .ـ.ـ إن الإحصاءات الرسمية أظهرت أن الجنايات والجنح التي سجلت في المحـاكم عددها (223. 317) لسنة 1981. (1)

و هذا العدد المفجع بين فشل العقوبة حاليا لتحقيق الغاية المرسـومة لها، وذلك حسب رأينا الخاص للأسباب التالية :

1) إن القوانين الوضعية عامة توضع لحمايـة مـصالح المجتمـع ويفترض فيها وجوبا التماشي مع ثوابت المجتمع وأصالته وأعرافه الإخلاقية التي رآى فيها مصلحة لكيانه وإلزاما لأفراده, فإذا صدر تشريع قـانون مـا على غير هذه الأسس فهو لايؤدي أية وظيفة، ولا يحقق أية نتيجة مرضـية لكون أفراد المجتمع يرون فيه تعدي على سيادتهم وإختيارهم لنظام حيـاتهم الخاصة حيث يرفض هذا القانون ويعتبر الإعتداء عليه ليس بجريمة أبدا مـا دام مفروضا عليهم ولم يراع فيه أبسط القواعد.

ـ قاعدة حرية المجتمعات في إختيار النظـام الموافـق لأصـالتها وأعرافها وأخلاقها، لذلك نجد أغلب المجتمعات التي أخذت بالقوانين المخالفة لأصالتها تعيش في فوضى عامة خانقة تزداد الجريمة فيها كل ما مر زمـان وجاء زمان آخر لكونها رافضة العيش تحت سيطرتها قهرا ورغم إرادتها .

----

(1) كتاب الإحصاءات لوزارة العدل ص 168 للجمهورية الجزائرية.

2) إذا كان القانون مفروضا على المجتمع بغيـر إحتـرام لثوابتـه وأصالته فإن ذلك ينتج فجوات تحول دون تحقيق غاية الأمن.

(أ) ضعف جهاز العدالة :

و هذا الضعف نتيجة حتمية ما دام القاضي الذي يطبق هذا القانون هو فـرد من أفراد المجتمع يحس بما يحس به غيره، ويتأثر بالحالة الإجتماعية الـسائدة فـي المجتمع فيعيش في تناقض مفروض حيث يرى الظلم الإجتماعي مسلطا على مجتمعه ولكن لا يستطيع إنصافه أو تغييره, فهذه الحالة النفسية لجهاز العدالة يجعل قـضاتها يفضلون الرأفة عموما على كل المجرمين فينتج عن ذلك مرض خطير وهو ضـعف الهيبة نحو جهاز العدالة بل إحتقاره في أغلب الأحيان من المجتمع .

(ب) إنتشار الأمراض الإجتماعية :

من هذه الأمراض مرض السيطرة على جهاز العدالة من المسؤولين غيـر المبالين وتوجيهه لغير مصلحة المجتمع بل لمصالح فئات وطوائف محددة مما يزيـد الطينة بلة، فتسود الرشوة والمحاباة وغيرها من الأمراض التي ما دخلت مجتمعـا إلا خربته وأضعفته في كل النواحي الإجتماعية والإقتـصادية وغيرهمـا لأن المجتمـع مترابط في نظامه إن أختل جزء منه تأثر الكل وهذا أمر معلوم في الواقع المعاش في الدول المطبقة للقوانين المخالفة لأصالة مجتمعها لا ينكره عاقل أبدا .

ثانيا :المخالفات:

المخالفات في عرف القانون هي : ((**الجريمة التي تتراوح عقوبتها بالحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وغرامة مالية مـن 20 د ج إلـى 2000 دج)).** (1)

----

(1) نص المادة 3/5 من ق ع ج الصادر في 1966/7/8 المعدل بالقانون82-04 المؤرخ في 1982/02/13 .

- وقد خصص لها المشرع الوضعي الجزائري الكتاب الرابع مـن المـادة 440 إلى 468 وتنقسم المخالفات إلى ثلاثة أقسام خصصت الفئة الأولـى للمخالفـات المتعلقة بالنظام العام والأمن العمومي والإعتداءات علـى الأشـخاص والحيوانـات وخصصت الفئة الثانية لنظام المرور والأداب العامة والأموال.

- أما الفئة الثالثة فقد خصصت للمخالفات العامة الأقل درجة مـن الفئتـين الأولى والثانية .

- ويتضح من الإتجاه العام للمشرع الوضعي في هذا النوع من الجرائم أن غاية العقوبة في المخالفات هي حفظ النظام العام خصوصا لكونه حدد عقوبات خفيفة تعتبر كإيلام للفاعل على إعتدائه الفعلي سواء كان هذا الإعتداء على اللوائح التنظيمية عموما أو على الأموال والأشخاص وعلى النظام العام والآداب العامة .

- إلا أن الإيلام على ضرر محقق لا يكفي لردع الفاعل على العودة ما دام متيقن مسبقا بأن العقوبة لا تتعداه طبقا لنص القانون, لذلك فإن عدد المخالفـات مـن الدرجة الثالثة تعد بالملايين خاصة مخالفة النظام العام وقانون المرور حيث أغلبها لا يطبق لعجز جهاز العدالة على تنفيذ العقوبة لكثرة المخالفين .

- وقد أدى هذا الفشل العام في تحقيق غاية العقوبة إلى إحـداث تغييـرات إجرائية وموضوعية في كثير من المخالفات، منها إجراء دفع العقوبة المالية لـبعض المخالفات فورا ودون المحاكمة كما هو الشأن في عقوبة التوقف في أماكن ممنوعـة وإستعمال الكماش للسيارات إجبارا للمخالفين على دفع الغرامة قبل فكه .

- وسنبين هذا العجز في تحقيق الغاية من العقوبة في هذا النوع والأنـواع الأخرى في المبحث الأخير إن شاء ا .

المبحث الثالث :أثر العقوبة في اصلاح المجتمع

المطلب الأول: مدى توافق غاية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون .

المطلب الثاني : مدى تأثير العقوبة في اصلاح الجاني و المجتمع

المبحث الثالث :أثر العقوبة في اصلاح المجتمع

لا يختلف اثنان في صلاحية العقوبة الشرعية لتقليص حجم الإجرام بوجـه عام إذا طبقت بمفهومها الشرعي السليم دون تأويل ولا تعطيل ولا تشديد• و قد شـهد لها غير المسلمين من كبار العلماء المهتمين بالعلوم الجنائية بعد أن نقبوا في كتب الفقه الإسلامي وطالعوا أراء الفقهاء المسلمين, حيث توصل بعضهم.

إلى الإيمان الصادق بأن الشريعة الإسلامية خالدة في مبادئها السمحاء إلـى يوم الدين, سواء كان ذلك في تنظيم الحياة بين افراد المجتمع المسلم أو توجيه أفـراده إلى الفكر السليم لتحليل الأمور بطرق رشيدة وسليمة.

والهدف المقصود من تطبيق الأحكام الشرعية, هو إقامة مجتمـع إسـلامي عزيز كريم ومطمئن بما يراه من صلاح أمور الناس واستتباب الأمن في كامل الوطن الخاضع للأحكام شريعة السمحاء التي طبقت وفق المنهـاج الـشرعي الـسليم, فـإن المجتمع لا يقبل ولن يقبل الفساد والإجرام والفوضى والإنحراف الشاذ والمنكر مهمـا قل أو كثر, كل ذلك بقدر الإمكان, لكون الإسلام بمبادئه المعروفة منها الـستر علـى المعصية الخفية الغير المعلنة والتجاوز عنها وعدم جواز التجسس على الغير بحجـة كشف الجرائم بأي صورة كانت ومبدأ درء الحدود بالشبهات وغيرها ضمانا لـسلامة المجتمع من كل إنحراف, يكمن في تطبيق الأحكام الشرعية.

كما أن المسلمين وغير المسلمين جربوا الحياة في ظل الأفكار الوضـعية المستوردة والقوانين والأنظمة المعمول بها, فرأو بأم أعينهم فسادها للمجتمع أكثر من صلاحها, فالجريمة في تزايد مطرد والأحوال الأمنية تزداد تدهورا كـل يـوم حتـى أصبح الناس غير آمنين على حياتهم وسلامة أجسامهم وأمـوالهم, وبـذلك انكـشف الإنخداع بالحضارة الحديثة بعد أن سقط الستار وعرف الكل خاصة في بلاد المسلمين الذين كانوا يوعدون بالجنان وخير الحياة الزاهرة بكل الألوان بعـد تـرك الأحكـام الشرعية والأخذ بالحضارة الحديثة التقدمية والعلمية والعلمانيـة وغيـر ذلـك مـن المصطلحات البراقة في شكلها الهدامة في مضمونها.

فقد وصل الأمر بالمجتمع إلى حال غير معهودة عليه عبر الأزمان مما جعل الناس ينقمون على هذه الأنظمة وعلى مروجيها والمسؤولين عن الوضع, فزرع الشك بين الحاكم والمحكوم, فأما الحاكم فيرى أن الناس شقوا عليه عصى الطاعـة فوجـب تأديبهم بأي طريق, المهم أن تكون غير نظامية ولا تخضع لأي قانون أو ضمير حتى تتحقق الغاية المرجوة وهي فرض سيطرة الدولة بأي وسيلة شرعية أو غير شرعية لا يهم.

بينما يرى الناس بأن حاكمهم الذي ولوه أمر شؤونهم الدينية والدنيوية, قـد خان العهد ولم يقم العدل المطلوب حتى انتشر الفـساد واهتـزت القـيم والفـضائل والأخلاق اهتزازا عظيما لما وصل إليه المجتمع الإسلامي من فضائع وفضائح خلقية واقتصادية وسياسية وغيرها.

وبعد المخاض العسير اندفع المجتمع الإسلامي اندفاعا قويا نحـو شـريعة الرحمان لغرض الخلاص مما هو فيه من المهانة والمذلة والدناءة في وسط المجتمـع الإنساني, حيث أصبح في آخر القافلة بسبب تركه لدينه وأصالة فكره ودلائل تاريخه, حتى ظل به الطريق فعلم أن الخلاص في تطبيق الشريعة الإسلامية في شتى أمـور العبادات والمعاملات والجنايات والحدود وأحكام الفقه الإسلامي العام وغير ذلك مـن أمور الحياة لكنه اصطدم بواقع معقد بعد الفعلة التي فعلها الإحتلال الغربي لأوطانـه وتعليم أغلب أبنائه علما راسخا في الأذهان بأن الدين لا يتعدى المسجد والعبادة وهـو علاقة فردية بين العبد وربه سرا لا علانية ويمنع الجهر بها, وما ذلك إلا من تعـاليم العلمانية المغروسة في أذهان بني جلدتنا يقاتلون من أجل فرضها عنوة وتحقيقها, مما اضطر كثيرا من العلماء إلى الدفاع بكتابات حول صلاحية تطبيق الشريعة في العصر الحديث وإمكانية العيش في ظلال تطبيقها أفضل من تطبيـق النظريـات الوضـعية المستوردة وسنبين هذه الدعوات في المباحث الثلاثة من الفصل الثاني والأخيـر مـن هذه الرسالة.

المطلب الأول: مدى توافق غاية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي:

أصبح هاجس كل مسلم متعلم يريد الكلام عن الإسلام وصلاحية أحكامه لكل مكان وزمان, هو القول المنكر المتردد على كل لسان من المخالفين لشريعة الرحمان, هذا القول هو : قساوة الحدود ومرور الزمن عليها, حيث لا يمكن العودة إلى القديم, وكيف يعقل أن ترى إنسانا بدون يده اليمنى بعد السرقة, أو كيف تسمح برجم الزاني والزنا أصبح في الفقه الجنائي الدولى حق شخصي لا جريمة أخلاقية ولا عقاب, وكيف يقتل متمرد على الحاكم كما يسمى عندكم المحارب وعندنا يمنع سجنه لكونه حر في معارضة الحكام وحرية الرأي مقدسة في عقيدة الحضارة الحديثة، وكيف يجلد شارب خمرهوعندنا حلال وفي حضارتنا يمنع جلد حتى الحيوان .

وبناء على هذا التحليل المبسط لا يمكن لنا مناقشة الحدود بنصوصها لكوننا سبق لنا ذلك في الفصل الأول من الباب الثالث من هذه الرسالة, لكن ماننناقشه هنا هو مدى صلاحية العقوبة في الشريعة الإسلامية, ثم نتمم ذلك بنتائج تطبيق القانون الوضعي وعدم ملاءمته للمجتمع المسلم لكون الجريمة زادت عن الحد المقبول حتى في غيره من المجتمعات وقد أصبحت الحياة شبه مستحيلة, للإنتشار المذهل للجريمة المنظمة والفساد الإداري والإقتصادي والفوضى العارمة كما سيأتي بيانه فيما بعد.

فبالنسبة للمجتمع الإسلامي الذي بقي محافظا على العبادات كما هو مأمور بها شرعا وبقيت بعض المساجد تعلم فقه العبادات دون سواها, أما ما سوى ذلك من جوانب الحياة الأخرى فهو منظم بقوانين مستنبطة من غير الشريعة الإسلامية, فأصبح المسلم في عبادته خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية وكذا في بعض الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كأحكام الزواج , الميراث والوصية أما في غيرها من المعاملات فهو خاضع لغير شريعة ربه, حيث أصبح جامعا لكل المتناقضات يسمع في قراءة القرآن في صلاة الجهر بحرمة الخمر والميسر في قوله تعالى إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون الآية 90 من سورة المائدة, لكن إذا خرج من باب المسجد وجد السكر أمامه والمخامر في كل مكان

محمية بقوانين وضعية لا ينهى فيها عن منكر فيصبح المسلم مضطرب الأحوال متقلب المزاج لما يعيش فيه من فساد, ولقد بين بعض العلماء المخرج من هذه الحال بقولهم ((ولا نجاة من تلك الإزدواجية إلا بالتطبيق الكامل لشريعة ا في المعاملات والجنايات والحدود وغيرها وتغيير القوانين الوضعية, وبالفعل برقت آمال في اتجاهات صادقة نحو قوانين الشريعة في دنيا العرب والإسلام لتطهير المجتمع من الرذيلة والإنحراف وإثبات الذات ومعالجة شؤون الحياة بفكر الإسلام السياسي والإقتصادي والإجتماعي والعسكري, لتحطيم قيود الذل والهوان ودحر العدوان بمختلف أشكاله ومحاربة الإستغلال بكل أصنافه والإعتماد على النفس وجمع المسلمين تحت راية القرآن وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام والإفادة من فقه الشريعة الذي لا يخرج عن هذين المصدرين)). (1)

مما سبق ذكره يتبين بأن الشريعة ليست مرفوضة كنظام للحياة أو أنها لم تصلح للتطبيق منذ 14 قرنا خلت, إنما رفضت جملة وتفصيلا لكونها ربانية المصدر من جهة وكذلك لم تدرس دراسة علمية من طرف الكثير من أبنائها المتعلمين .

فالرفض سببه الجهل في الأصل لكل أحكام الشريعة الإسلامية سواء كانت عبادات ومعاملات أو حدودا وتعازير واقتصر علم الرافضين لها على ما كتبه الأعداء الغير العلميين أصلا ولا الموضوعين قطعا, لأنهم كتبوا افتراءات على الشريعة ما قال بها أحد في كتب الأصول.

ولهذا سنعالج بشيء من التفصيل حكمة تشديد العقوبة في أمهات المفاسد والتخفيف في غيرها .

---

(1)وهبة الزحيلي، ا الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ج 06 ص 10.

فأول عقوبة شددت فيها الشريعة هي:

01- **الردة** : وقد سبق تعريف بهذا الحد والعقوبة المقدرة له شرعا وهي القتل بعـد الإستتابة.

و لكي نعرف خطورة هذه الجريمة علينا أن نستقرأ آراء العلماء في النقاط التالية :

أ- الردة وترك الإسلام بعد الدخول طواعية فيه والإلتزام بأحكامه يؤدي حتمـا إلـى التشكيك فيه علانية ونشر الشكوك بين المسلمين, خاصة وأن الردة عادة تكون عمالـة لعدو محدد وتارة تكون لعدو مستور لغرض محاربة الإسلام بفعل الردة, وقد ثبت هذا في كثير من الوقائع حتى وصل بعض المرتدين إلى شتم الرسول "صـلى ا عليـه وسلم" في كتب تنشر تحت حماية الدولة المعادية للإسلام علانية وتوزع علـى كـل الجمعيات الخيرية والمستشفيات والإدارات والمكتبات بل حتى القرى والمدن الصغيرة للإطلاع عليها مجانا. (1)

من هذا الباب حافظ الإسلام على الدين ورفض رفض اليقين أن يتلاعب به العملاء والأعداء وأعوانهم, لذا فرض عقوبة القتل لمن لا كرامة له ولا ضمير, ولو إرتد في سره وترك الواجبات دون إعلان ولم يطلع عليه أحد فهل يطبق عليه الحـد؟ طبعا كلا وكثير من النصارى عاشوا في بلدان إسلامية وأظهروا إسلامهم علانيـة وارتدوا مباشرة بعد الإعلان لأجل جمع المعلومات عن حقائق الإسلام والمـسلمين للقضاء على المسلمين, فما تجرأ أحد عـن البحث عـــن ردتهم رغم الـدلائل الواضحة في حقهم حتى أدو الرسالة التـــي جـاءوا مـن أجلهـا وخرجـوا مـن تـــلك الدول سالميـن

----

(1) الكاتب المرتد هو سلمان رشدي، والكتاب هو آيات شيطانية.

وعند عودتهم إلى أوطانهم كتبوا كل ذلك في كتب مازال بعضها إلى يومنا هذا, ممـا يبين أن حقيقة الردة لا تكون إلا من عميل للعدو جند لأجل إفساد دين النـاس ونـشر الشبهات والشكوك حتى لا تقوم قائمة للمسلمين, وهذا الأمر معاقب عليـه فـي كـل القوانين الوضعية العالمية بلإعدام ولم يتجرأ أحد بقول بعكسها إلا عن الإسلام.

02- **جناية القتل وما يلحقها** : عالج الإسلام جرائم القتل والإعتداء على النفس عامة بشدة لغرض التقليل منها في وسط المجتمع وكان هذا الهدف معروفا حتى في الجاهلية, حيث كانت العرب تقول ((القتل أنفى للقتل وبسفك الدماء تحقن الدماء)) . (1)

وقد قال ابن القيم الجوزية رحمه ا ((فلولا القصاص لفسد العـالم وأهلك الناس بعضهم بعضا إبتداء واستيفاء فكان في القصاص قطع لمفـسدة التجرء على الدماء بالجناية والإستيفاء)) .(2)

ومن كلامه أيضا قوله ((فكان من بعض حكمته سبحانه ورحمتـه أن شرع العقوبـات في الجنايات الواقعة بين النـاس بعضهم على بعض فـي النفوس والأبدان والأعراض والأموال, كالقتل والجرح والقذف والسرقة .فأحكم سبحانه وجوه الزجر الرادعة على هذه الجنايات غايـة الإحكـام وشـرعها علـى أكمـل الوجـوه المتـضمنة لمعلمـة الـردع والزجـر مـع عدم المجـاوزة لمـا يستحقه الجاني من الردع, فلم يشرع في الكذب قطع اللسان ولا القتل, ولا في الزنـا الخـصاء, ولا في السرقة إعدام النفس, وإنما شرع في ذلك ما هو موجب أسمائه وصفاته من حكمتـه ورحمتـه ولطفه وإحسانه وعدله لتزول النوائب وتقطع الأطماع عن النظالم والعدوان ويقتنع كل إنسان بمـا آتاه مالكه وخالقه, فلا يطمع في استلاب غير حقه)) . (3)

---

(1) ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1955م، ج 2 ص 122 .

(2) نفس المرجع ج 2 ص 114.

(3) إبن القيم إعلام الموزقعين ج2 ص 114.

-لقد استوفى هذا الكلام جوانب الحقيقة التي أصبحت مجهولة عند الكثير من المعارضين لتطبيق أحكام الشريعة وخاصة الحدود, والعجيب والأعجب في هذا الموضوع أن الجمعيات العالمية والوطنية وكثير من الدول تدعي التي العدالة النسبية أو حتى العدالة المطلقة حسب تعبيرها أنها ترفض قتل القاتل بحجة إزهاق روح إنسان لأنه عمل غير حضاري ويجب الإكتفاء بالسجن المؤبد ونسيت هذه الجمعيات والدول أن هناك نفسا أزهقت روحها دون عدل ودون حكم قضائي بل لا ربما ببرودة دم أو مع سبق الإصرار والترصد ولا ربما بسبب كلمة قالها للقاتل عبر بها عن شيء خاطره, هذه النفس لا تساوي عندهم شيئا ونفس مثلها ملطخة بدم الجناية يدافع عنها جاهل للصواب والمنطق والمعقول.

كما أن القود في الشريعة الإسلامية جعله ا تعالى اختيارا لذوي حقوق المقتول فلهم حق الدية مقابل العفو عن القاتل بالقود, وتعني هذه التدابير أنه إذا رضي أهل المقتول بالمال أي بدفع الدية فإن القاتل مؤمن على نفسه من الإستيفاء منه إنتقاما نظرا لرضى المتضررين بالعفو أو بالدية عوضا عن الثأر.

وصدق ا العظيم إذا قال في محكم تنزيله: **ولكم في القصاص حياة ياأولي الألباب لعلكم تتقون** . (1)

حد شرب الخمر

الإنسان بعقله سمي إنسانا فإذا ذهب عقله أدمج في عالم الغير العاقل من الحيوان, ولذاك فكل من اعتدى على عقله بالسكر أي شرب المسكرات خمرا أو مخدرات, فإنه خرج عن المعقول الواجب عليه بقاءه عليه ويكون قد اعتدى على حرمة العقل وسلامته إضافة إلى النتائج الوخيمة التي تحدث للإنسان عندما يفقد عقله ولذاك سميت الخمر بأم الخبائث ولقد ظهرت هذه المفاسد للعلانية جراء شرب الخمر حديثا في الأرواح التي تزهق يوميا بسبب سياقة السيارات من طرف السائقين في حالة سكر, إضافة إلى الإعتداء على العرض والمال والنفس من طرف المتناولين لهذه المسكرات, ومما

---

(1) سورة البقرة الآية 179 .

لا شك فيه أن المجتمع أصبح يخاف من المتنـاولين لهـذه المـواد المسكرة أكثر من المجرمين العاديين, وعلى هذا الأساس حرم الإسلام تناول ما يسكر العقل ويفقده توازنه وسيرته الطبيعية بجلد الشارب 40 أو 80 جلدة أو غيرها حسب الآراء الفقهية المذكورة في الفصل الثاني حتـى لا يتـسبب الإنسان في هلاك نفسه وهلاك غيره.

جريمتا الزنا والقذف : عالج الإسـلام موضـوع المحافظـة علـى العرض والنسل معالجة شديدة نظرا لبشاعة المعصية وضررها على النـسل والعرض اللذان يتميز بهما الإنسان عن غيره من المخلوقات الكونية, فلا كلام عن عرض الحيوان أو نسله وسلالته بل هذه خاصية للبـشر دون سـواهم, لكون جريمة الزنا تفقد المجتمع تماسكه فقد حرم الشارع الحكـيم ممارسـة الرذيلة لغرض التمتع بالشهوة في الحرام, حيث أن باب الحلال مفتوح علـى مصراعيه, فكل من أراد أن يمارس حياته الجنسية في ظل الشريعة والعفاف و الحلال لغرض التناسل وتربية الأجيال حتى لا تزول سلالة البشر وهو أمر طبيعي مرغب فيه بسنة المصطفى محمد "صلى ا عليه وسلم" في قـوله : ((يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج)) . (1)

و قوله "صلى ا عليه وسلم: ((تزوجوا الودود الولود فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة)) . (2)

---

(1) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه الجزء 04 ص128 دار المعرفة بيروت لبنان .

(2) أخرجه أحمد وعاينه وصححه ونقله أبو بكر جابر الجزائري في كتابه منهاج المسلم ص 430 مطبعة الفن القرافيكي باتنة الجزائر .

و لكون الترغيب في الزواج مأمور به شرعا, فإن الترهيـب فـي موضع الفساد مأمور به, فكل من سولت له نفسه ممارسة الزنا المحرم شرعا وعلانية أما الناس ولكون هذه الجريمة لا يمكن أن تثبت إلا على من مارسها بصفة دائمة, حتى أصبحت عنده عادية فيمارسها جهارا ويكشف أمره بشهادة أربعة "04" شهود يرون الفعل المحرم علانية, وسبب رؤية الزانيان معا وهذا أمر شبه.

مستحيل لا يمارس الزنا أمام أربع "04" شهود إلا إذا أراد بفعله نشر الرذيلة وليس أمرا آخر, وعلى هذا, إن كان محصنا فلا حجة له في التخفيف أصلا ويقتل رجما حتى نحافظ على المجتمع في نبله وحرمته وشـرفه وهـم حكم سليم وفريد للقضاء على هذه الفاحشة وإن كان غير محصن فإنه يجلـد حتى لا يعود إلى ممارسة الحرام ويجتهد في إيجاد زوجة صالحة تحفظ لـه شرفه.

قال تعالى: **ولاتقربوا الزنا إنه كان فاحشة و ساء سبيلا** . (1)

و قد نهى الإسلام عن قذف المحصنات المؤمنات بكلام يوحي إلـى الزنـا وجعل عقوبته شديدة حتى لا يهتك عرض ولا يتهم بريء ذكرا كان أو أنثى, فكل من سولت له نفسه إتهام الغير بالزنا يجلد مائة جلدة ولا تقبل له شـهادة لغـرض إزالـة المنكر والكلام الفاسد في المجتمع الإسلامي الذي من المفروض أن يكون نظيفا طاهرا لا تسمع فيه ولا عليه إلا ما يسر.

المحافظة على المال المحروز : عالج الإسلام مرض حب المال في غيـر طرقه الشرعية علاجا فريدا من نوعه, وعندما طبقت هذه الحدود نسي الناس الإعتداء على أموالهم لانعدام الجرم بالمال لحكمة ا تعالى في خلقه وكيف لا وهو القائـ ـ ـل في كتـ ـابه الكريم ألا يعلم من خاق وهو اللطيف الخبير . (2)

---

(1) سورة الإسراء الآية رقم 34.

(2) سورة الملك الآية 14 .

فالكثير من الناس وخاصة غير المسلمين يرى حكم قطع يد السارق وبترها أمرا غير معقول حسب تصوره **و لكون حد السرقة دد فقها وبيناه الفعل الثا مع ديد السرقة ا يؤخذ من مال لوك للغ خفية, وعليه فا ختلس للأموال العامة أو خزائن الأمانة أو غ ها لا تقطع يده وإ ـا حكمه التعزير حسب ما يراه ا اكم رادعا للفاعل ولغ ه على ضوء الأحكام الشرعية العامة و قـد حـرم ا السرقة لكون ا ال هو أساس ا ياة, فمن إعتدى على مال الغ فهذا يع أنه إعتدى على حيا م, وعادة ما يكون السارق معتد على ا ال إن وجد من نعه إعتدى على حياته و لأجل ذلك عا ت الشريعة الإسـلامية هـذه الظاهرة ا خيفة علاجا قطعيا, يث لا يستطيع السارق التقرب إ مال غ ه إلا نادرا لكون عقوبة قطـع اليـد جديرة رمة ا ال وصاحبه وتغليظ ا رمة مال الغ لقول الرسول "صلى ا عليه وسلم" لا يز الزا ح يز وهو مؤمن ولا يسرق السارق ح يسرق وهو مؤمن)). (1)**

و بهذه الشدة عالج الإسلام أخذ أموال الغير خفية والإستيلاء عليها مع ترك العمل والإسترزاق لكونه متعب, فإذا علم السارق بأن اليد التي تعمل يبارك ا فيهـا وجزاء صاحبها في الدنيا معزة بين أهله وقومه وفي الآخرة جنـة الرحمـان لأهـل الإيمان, كان هذا حافزا له على العمل المشروع, أما إذا فكر في الربح الـسريع دون عناء ولا مشقة فإنه سيفكر في كل لحظة جزاء فعلته إذا انكشف أمره, بحيث تـصبح يده معدومة فلا يستطيع العمل بعد ذلك ويعرف في كل مكان ومدى الحياة على أنـه سارق غير صالح للمجتمع.

ذا العلاج القضاء الشبه ائي الأمة الإسلامية على ظاهرة السرقة و ـدة "14 قرنا " وإ غاية اليوم بعض الدول, حيث الأموال متروكة الأسواق ولا د أحد يده عليها إ يومنا هذا لكو ا تطبق ا دود الشرعية .

---

(1) رواه البخاري، باب ما يعذر من الحدود، فتح الباري ، ج 12 ص 49.

وبهذا تكون غاية العقوبة عامة في الشريعة الإسلامية هي القـضاء علـى الإجرام قضاء شبه نهائي.

ومن رحمة ا تعالى أنه جعل ما دون هذه الحدود جرائم يعزر عنها حسب الشخص وأحواله وظروفه, فهناك كثير من المعاصي إذا عثر الصالح فيها ووصل إلى علم الحاكم فقد يوبخ بكلام أو ينصح بعدم العودة لمثله ثم تخلى سبيله، أما المعتاد عن المعاصي فقد يحبس أو يجلد أو يقتل سياسة إن كان صلاحه مـستحيلا وفـساده فـي المجتمع مستعصيا.

<u>المطلب الثاني : مدى تأثير العقوبة في اصلاح الجاني والمجتمع :</u>

الإنسان كائن إجتماعي لا يمكنه العيش منفردا عن أفراد مجتمعه, وها العيش تتبعه علاقات عامة بين أفراد المجتمع وطوائفه, هذه العلاقات قـد تكـون عقديـة أو فكرية أو إقتصادية وإجتماعية وغيرها, ولكون الفرد عـادة يبحـث عـن مـصلحته ورغباته المازمة للحياة من مال وزوجة وأملاك خاصة, ولأجل ذلـك يعمـل بعـض الأفراد على الحصول على ما يحلو لهم ولو كان على حساب الغير, مما يعقد الأمـور وتبدأ الإختلافات ثم النـزاعات ثم الإعتداءات الجسدية أو على المـال أو العـرض وغيرها .

وعليه, وجد المجتمع نفسه أمام مشاكل يجب إيجاد الحلول لها, فسن أعرافـا متعارف عليها ثم بعد ذلك قنن هذه الأعراف تحرم بعض الأفعال التي يراها الحـاكم مضرة بالمجتمع أو بالأفراد, وعين قضاة باسمه يتولون تطبيق هذه القواعد على كـل من سولت له نفسه اختراقها أو عدم إحترامها, حتى يأتمن الفرد في المجتمع على نفسه وماله وأعضاء أسرته ولا يتعسف هو في استعمال حقه إلا في حدود ما تـسمح بـه الشريعة السائدة, وهذه التشريعات أو القواعد المكتوبـة أو المعلومـة هـي القـوانين المنظمة للمجتمع ومن هذه القوانين قانون العقوبات, هذا القانون هو وحده الذي يحدد

الأفعال المعتبرة جرائم ويحدد لكل فعل مجرم عقوبة يراها تحقق الغاية المرجوة وهي منع الأفراد من إتيان الفعل المنهى عنه, أو يحدد تدابير أمنية لتحقيق نفس الغاية .

وقد سبق أن بينا أسس العقوبة والمدارس المعرفة لها ولغايتها في الفـصل الثاني من الباب الأول ولا حاجة لنا لإعادة ذلك, لكن مالم نتكلم عنه هو كيف تحـدد العقوبة الوضعية وفق النظريات السالفة الذكر.

فالعقوبة كما سبق ذكره تحدد فعليا على مراحل أساسية وهي :

1. مرحلة ظهور ضرر فعل منكر في المجتمع : هذه المرحلة عرفـت بالمرحلـة التاريخية للعقاب, فكان الجاني إذا ارتكب فعلا أضر بغيره ينـتقم منـه, وهـذا فـي العصور القديمة حيث يتولى الشخص المتضرر عقاب الجاني بنفسه وبما يراه مناسـبا وقد يتعدى هذا العقاب إلى أقاربه, وبعد أن ظهرت العشائر والقبائل تولـت العـشيرة والقبيلة تطبيق ما تراه مناسبا في فعل أفرادها أو أفراد غيرها وبذلك توقـف الإنتقـام الفردي لكنه انتقل إلى العشائر والقبائل في كثير من الأحيان باستثناء الإتفـاق علـى عقوبة بدنية أو مالية مع قبيلة أو عشيرة الفاعل.

وبعد أن تكونت الممالك والدول ظهرت سلطة الدولة التي منعـت مباشـرة العقاب من الأفراد إلا من طرف قضائها حتى ولو كان الفاعل من الأسـرة الواحـدة وظهرت للوجود نظريات قديمة منها نظرية القصاص العادل مثل ما هو معروف في التشريعات اليونانية والعبرية وغيرها, ثم تولت التشريعات الدينية العقاب كما جاء ذلك في التوراة والإنجيل وغيرهما من الكتب السماوية وتولت الدولة تنظيم العقـاب لكنـه كانت مقيتا وقاسيا, إذ كانت الزوجة التي تقتل زوجها تحرق حية بالنـار والـسفاحون يقطعون بطريقة بشعة, حيث يربط الجاني بين حصانين من الأطـراف ثـم يـضرب الحصان فيقطع على أجزاء متناثرة ووصل هذا الأمر إلى قتل بعض الجناة بالغلي في الماء. (1)

---

(1) قانون العقوبات الصادر سنة 1531 من طرف هنري الثامن.

كل هذه الهمجية كانت محل انتقاد فلاسفة وحكام كل عصر من العـصور الباليـة خاصة التجريم والعقوبة التي تركت في يد القضاء بتجريم الفاعل تم تحديد العقوبـة التي يراها مناسبة له في كل الأحوال .

وفي القرن 18 تطورت فكرة العقوبة ودرسها علماء مـشهورون مـنهم روسـو، وبيكاريا ومنتسكيو وغيرهم وقد أثروا في تغيير الأسس القديمة للتجـريم والعقـاب وهذه الأسس هي التأديب والإصلاح والزجر عوضا عن الإنتقام .(1)

ومنذ الثورة الفرنسية التي صدر بعدها قانون 1790 الذي ألغى كثيرا من العقوبات القاسية وتكلم لأول مرة عن الشرعية في التجريم والعقاب, إلى أن جـاء القـانون المؤرخ في 1810 الذي أصبح نموذجا للأوروبيين عامة, مـن ذلـك تحديـد الحـد الأقصى والأدنى للعقوبة, فأصبح القاضي ملزم به, ثم وضع موضـع الحـد مبـدأ الشرعية, فالتجريم لا يكون إلا بنص .

مرحلة تجريم الفعل وتحديد العقوبة : هذه المرحلة هي عصرية بالنسبة لمـا توصل إليها العقل الإنساني, إذ اعتمد فيها على أسلوب عقلاني يتمثل فيما يلي :

- كل فعل لم يجرم بنص خاص لا يعتبر جريمة ولا عقوبة لـه و يعنـي هـذا أن الأفعال التي تعتبر في المجتمع مشينة أو مضرة بمصلحته, يتلقفهـا المـشرع عـن طريق الدارسين لسلوك المجتمع أو الباحثين المختصين أو باقتراح من مسؤولين على هيئات علمية أو إجتماعية أو إقتصادية أو من أعضاء البرلمانات التشريعية, فيجـرم ذلك الفعل بعد أن يكون جريمة فعلية في دنيا الناس, حينئذ يجرم بعد التجربة وتحدد له عقوبة مباشرة بعد التجريم, إذ لا تجريم بدون عقوبة أو تدابير أمن, ويعاب حسب أرينا على هذا المنهج أنه:

---

(1) أنظر الباب الثاني من الرسالة.

منهج يفرض من طرف المجتمع الذي يكون له دور بارز في إظهار فعـل غير لائق ويجب تجريمه وحتى الدراسات العلمية عادة تخطىء وتحكم على فعل ما أنه يضر بأفراد المجتمع بينما الحقيقة غير ذلك .

وأن هذا المنهج يحدد عقوبة عند تجريم الفعل ولكن قد يتطور ذلك الفعـل وتصبح العقوبة لا تؤدي الغرض المفروضة من أجله, والتعديل للعقوبـة قـد يمـر بمراحل عويصة ولا يعدل إلا بعد فوات الأوان, مما ينتج عنه هلاك المجتمـع مـن جراء العقوبة الغير مناسبة.

المقارنة بين النتائج العلمية للعقوبة في الشريعة والقانون :

قبل أن نتطرق للنتائج التي توصلنا إليها في بحثنا هذا, هناك ملاحظات لا بد من ذكرها قبل الخوض في مضمون المبحث وهي :

01- أن الشريعة الإسلامية ذات مصادر شرعية إلاهيـة مـن حيـث الوحي المتمثل في القرآن العظيم والسنة المطهرة الصحيحة عن رسول ا "صلى ا عليه وسلم" ولا يمكن أن نقارن كلام البشر المتغير في كل الأزمان والخاطىء كثيرا والقليل الصواب لطبعه في ذلك أو لأجل حماية مصالحه بما يراه مفيدا له وليس ما يراه صالحا للمجتمع, أعني مفيدا للأفراد القائمين على التشريع الوضعى من طوائف إحتكار المال أو الأعمال أو غيرها, ولهذا فإن مقارنتي في آخر بحثي هـذا خـاص بالنتائج العلمية طبقا لما عرف في الميدان.

02-) إن هدفنا من هذه المقارنة هو تلبية لمطلب شـرعي طـال عليـه الزمان في البلدان الإسلامية وهو إظهار الغاية من تكرار قول القائلين أن نأخذ بأحكام الإسلام لأجل إقامة مجتمع إسلامي سليم البنية وسليم العقل والأخلاق عزيز مكرم في طياته وخارجه الخير والإطمئنان والأمن والأمان هذا هو الهدف من إثبـات النتـائج السليمة في الواقع التي لا يتنكر لها إلا من لا يعقل ما يقول و لا يصدق مايرى.

الخاتمـــــــــــــة

لقد ثبت عندي بعد نهاية هذا البحث ثبوتا قطعيـا بـأن أحكـام الـشريعة الإسلامية عامة والعقوبات الشرعية في الحدود والقصاص خاصة هـي كلهـا عـدل وحكمة ورحمة للبشرية ومصلحة أكيدة للمجتمع، وتبين لي بعـد دراسـة النظريـات العلمية والفلسفية للقانون الوضعي والنتائج المحققة في المجتمعات الغربيـة خاصـة والتي أخذت عنها القوانين مع بعض التغييرات القليلة, أن العقوبـات المقـررة فـي القانون لم تصل إلى الغاية المنشودة للمجتمع بل إستفحل الإجرام فـي ظـل تطبيـق القوانين الحديثة حتى وصل إلى الإجرام المنظم والإرهاب المهدم للفكـر والأخـلاق والذمم والأموال والأنفس, فما بقي في الغرب شيء للمجتمع آمن عليه وكـذلك فـي الدول التي أخذت عنه القوانين الحديثة وأعتقد بأن هذا الرأي مجمع عليه من عقـلاء وحكماء الإنسانية جمعاء بإستثناء علماء الأهواء والنـزوات الشهوانية ومن صار في كنفهم قديما وحديثا, ومن الدلائل القطعية لصحة هذا الواقع المعاش ما يلي:

أ - إنعدام الأمن :

نظرا لكثرة الإجرام والإنحراف في العالم عامة والجزائر خاصة, أصبح الأمن أمنية الجميع وحلم الحاكم والمحكوم، وهو مفقود في كل المدن الكبرى, خاصة وحتى القرى والمداشر لغياب الرقيب الشخصي المتمثل في الوازع الديني الذي يتحكم في النفوس البشرية بحكمة عظيمة وتوجه الهمم إلى الصلاح والفلاح في الداريين الدنيا والآخرة، وسبب ذلك هو الجهل بالدين والتدين لما فرض على الناس من التعتيم والتشويه والتشكيك للدين ولانعدام الحامي والراعي للدين في المجتمع بعد أن تولت الحكومات العلمانية زمام السلطة ورفضها للدين رفضا كاملا حتى أصبح إسم الدين جريمة سياسية في عرفهم, وهم يتقبلون اللاأمن ونتائجه ماعدا الكلام عن تنظيم المجتمع وفق أحكام الدين الحنيف ووفق الشريعة الإسلامية السمحاء في كل شؤونه العامة والخاصة، ورغم أن السواد الأعظم لا يرضى بغير

أحكام الشريعة وهو عالم بقوله تعالى " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى ا ورسوله أمرا أن تكون لهم الخبرة في أمرهم " لكنه يعيش تحت ظل قانون غريب عن أصالته ودينه وأعرافه فلا هو عالم بأحكامه ولا هو خاضع له بإرادته, إذ لا يمكن لجسم غريب أن يقبل عنوة في الجسم السليم وهو السبب الذي أدى إلى الإنحراف عن الصواب وعدم الإلتزام بالقوانين الغريبة عن المجتمع حتى إنعدم الأمن في جميع النواحي الحيوية للمجتمع والدولة .

ب – شمولية الشريعة الإسلامية:

-لم يختلف إثنان قديما ولا العلماء حديثا علـى أن الـشريعة الإسـلامية صالحة لكل زمان ومكان وفي كل الأحوال للمجتمع المسلم العـالم بأحكـام دينـه الحنيف المتيقن بصحة عقيدته الإسلامية الصحيحة التي لا تتغيـر ولا تتبـدل ولا يكون ذلك إلا إذا صح فهم المجتمع لشريعته فهما صحيحا غير مشوب بـسوء ولا بتأويل ولا بتعطيل, لكون هذه الشريعة هي ذات مصدر إلالهـي لغـرض هدايـة الإنسان إلى حياة فاضلة في كل شؤونه وفق أحكام منصوص عليها وحيا في القرآن العظيم أو في الحديث الصحيح نصا مباشرا، لكون بعض هذه النصوص منصوص على ضوابطها الشرعية العامة ومقاصدها الأساسية وترك مجال الاجتهـاد لـذوى الاختصاص وفق هذه الضوابط كما سبق بيانه فـي موضـوع المـصلحة حـسب الأحوال والعوامل البنية والإجتماعية وغيرها، ولذلك فإن أفعال الإنسان فعلا وتركا وقولا وسكوتا فللشريعة فيه حكما إما منصوص على ذاتـه أو منـصوص علـى ضوابطه ومقاصده وهنا يستخرج بالإجتهاد وهو معنى الـشمولية فـي الـشريعة الإسلامية فهما وتطبيقا.

-ومجال الإجتهاد وشروطه وطرقه مفصل في كتب أصول الفقـه قـديما وحديثا.

- وعلى هذا الأساس, فإن ما توصلنا إليه في بحثنا هذا, لا يعنى بأن الشريعة الإسلامية منحصرة في تطبيق الحدود والقصاص دون غيرها كما ينادي البعض فـي تطبيق الشريعة في مجال الحدود والقصاص وبعض أحكام الأحوال الشخـصية, ممـا جعل هذه الدعوة يرد عليها من أعداء الشريعة ردا عنيفا حتى أصبح البعض يؤسـس أحزابا سياسية وجمعيات مدنية غايتها المطالبة بإلغاء قانون الأحوال الشخصية مـادام الحدود والقصاص ألغيت من المجتمع حتى ينسى الدين جملة وتفصيلا لا قدر ا .

- وعليه, فإن الشريعة إما تطبق في كل مجال الحياة وفق مبدأ الشمولية وفقا لمنهج التدرج والتخفيف بعد الفهم السليم, أو لا يمكن أصلا أن ينتظر صلاح المجتمع الفوضوى الغير المنظم حتى وإن سمى نفسه مجتمعا إسلاميا مادام يأخذ بعض الأحكام ويترك جلها ظانا بأن ذلك يصلح, لكن هذا لا يمنع البحث العلمي في مجالات الحيـاة عامة سواء بإظهار الأحكام الشرعية في شتى المجالات أو في تحسين الطرق لتيـسير الفهم العام لها تعليما وقدوة وتربية لتسهيل العودة إلى الحياة في ظل الشريعة التـي لا يضاهيها علم ولا فلسفة رغم التعتيم المضروب على أحكامها أزيد من قرن كامل .

- إن اكتشاف ما تضمنته كتب الفقه وأصوله من قواعد فقهية جامعـة صالحة لمعالجة كل الأمور الخاصة في المجتمع والفرد, من هذه القواعـد: الأمـور بمقاصدها واليقين لا يزول بالشك وكل شيء مشكوك فيه يبنى على الأصل, فمن إتهم بجريمة دون دليل هو بريء لكونه في الأصل بريء حتى تثبت إدانته, ولا ضرر ولا ضرار وغيرها من القواعد الفقهية التي إجتهد علماء الإسلام على ضوئها وطرائقهـا فيما ليس فيه نص ودونوا أحكاما فقهية لكل حادث, حتى أن الباحث في الفقه والفتاوى يجد حكما لكل فعل لكثرة الآراء الواردة في المذاهب الإسلامية الأربعة وغيرهـا, إذ تجد الإجتهادات في التطبيق ميسرة لكل الأحـوال المعلومة على الفـرد والمجتمـع مراعية بذلك حالة الفرد ومجتمعه سلبا وهنا يكمن سر صلاح الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان وقد طبقت الشريعة الإسلامية لقرون عديدة على المجتمع الإسلامي

والأقليات من أهل الكتاب فما ظلم أحد في ظل تطبيق هذه الشريعة السمحاء في جميع مجالات الحياة الإقتصادية والسياسية والثقافية وجميع نواحي التشريع العام والخاص ولا زالت كتب الفقه على حالها مبوبة في جميع جوانب الحياة منها فقه العبادات وفقه المعاملات المدنية والتجارية وفقه الميراث والزواج والأسرة عامة وفقه الحدود والقصاص والتعازير وفقه السياسة الشرعية وفقه الأخلاق وغير ذلك من أبواب الفقه التي إن دلت على شيء فإنما تدل على وجود نظام كامل في هذا الدين صالح للبشرية عامة والمجتمع الإسلامي خاصة أفضل مما توصل إليه العقل البشري الغير المتدين.

- وختام خاتمة البحث هي الإعتراف بأن سعة هذا الموضوع في جوانبه المختلفة لا يمكن حصرها في بحثنا هذا, بل هو شامل لكل المباديء العامة للشريعة الإسلامية في نظام التجريم والعقاب ونتمنى أن تتاح لنا الفرصة لتوسع أكثر في هذا الموضوع بالذات لما له من فائدة في إصلاح المجتمع والقضاء على الإجرام ونشر الأمن فيه حتى يتسن له الإنطلاق نحو التقدم العلمي والإقتصادي وتحقيق رغبات أفراد المجتمع الحائر في عصرنا هذا.

وأقول في الأخير أن ما توصلت إليه قد يكون فيه الصواب وقد يكون البعض منه غير ذلك, وسيأتي من بعدنا من سيستفيد من الصواب ويقوم الخطأ وبا التوفيق وا أعلى وأعلم.

قائمـــة المراجــع

أولا : التفاسير وعلوم القرآن :

1 - الجصاص أبو بكر (ت 370 هـ) المسمى أبي بكر أحمد الجصاص بن على الرازي ، أحكام القرآن ، الطبعة الأولى , لبنان , دار الكتاب العربي بيروت بمكتبة الأوقاف الإسلامية .

2 - الطبري عماد الدين بن محمد المعروف بإسم بالكيا الهراسي (ت 504) أحكام القرآن ، الطبعة الأولى القاهرة مطبعة حسان 1394 هـ .

3 - الشافعي محمد بن إدريس (ت 204 هـ) أحكام القرآن ، بيروت , لبنان , طبعة دار الكتب العلمية 1395 هـ .

4 - محمد ابن عبد ا المعروف بإبن العربي (ت 543 هـ) مطبعة عيسى البابي الحلى .

5 - الإمام محمد بن عمر بن الحسن الرازي (ت 606 هـ) مفاتيح الغيب المشهور بالتفسير الكبير ، الطبعة الأولى ,مصر , طبعة المطبعة البهية المصرية , 1307هـ. .

6 - الشيخ رضا محمد رشيد ، تفسير المنار ، بيروت , لبنان , دار المعرفة .

7 - لأبي يحي محمد بن صماد التجيبي، مختصر تفسير ، الطبري الطبعة السادسة دار الفجر الإسلامي 1418 هـ 1998 م .

8 - ابن كثير الحافظ أبي الفداء اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى , بيروت , دار ابن حزم ،2000.

9 - الطبري أبي جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن بيروت، لبنان، دار الفكر ، طبعة 1995.

10 - الإمام أبي القاسم جار ا محمود بن عمر الزمخشري ، الكشاف عن حقائق التنـزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، لبنان , دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .

11 - المراغي أحمد مصطفى ، تفسير المراغي ، الطبعة الثانية , بيروت، لبنان، درا إحياء التراث العربي ، 1985 .

12 - القرطبي أبو عبد ا محمد ، الجامع لأحكام القرآن ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان، دار إحياء التراث العربي مصورة.

13 - الزركشي بدر الدين عبد ا بن محمد، البرهان في القرآن ، مصر , دار عيسى الحلبي .

14 –الإمام بدر الدين الزركشي , البيان في علوم القرآن بيروت ,لبنان , دار المعرفة .

15- محمد عبد العظيم الزرقاوي، مناهل العرفان في علوم القرآن , الطبعة الثالثة ، بيروت ,لبنان , دار إحياء الكتب العربية ، 1373 هـ .

16 - إبن العربي، أحكام القرآن ، بيروت , لبنان , دار المعرفة .

ثانيا :السنة النبوية وشرحها والسيرة النبوية :

1 - الإمام مالك بن أنس ، الموطأ ، مصر , مطبعة عيسى الباي الحلبي .

2 - محمد بن إسماعيل البخاري (ت 256 هـ) ، صحيح الإمام البخاري ، الطبعة الأولى , مصر , مكتبة الجمهورية العربية المصرية .

3 - مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (ت 261 هـ) صحيح الإمام مسلم الطبعة الأولى , بيروت , لبنان , دار إحياء الكتب العربية 1375 هـ.

4 - الترمذي محمد بن عيسى (ت 279 هـ) ، سنن الترمذي وهو الجامع الصحيح ، المدينة المنورة , السعودية , المكتبة السلفية .

5 - النسائي أحمد بن شعيب (ت 303 هـ) ، سنن النسائي ، مصر , المطبعة المصرية بالأزهر وطبعة دار إحياء التراث العربي .

6 - القزويني محمد بن يزيد (ت 275 هـ) ، سنن ابن ماجه , بيروت , لبنان ، طبعة دار إحياء الكتب العربية 1373 هـ .

7 - سليمان بن الأشعث السجتاني ، سنن أبي داود , مصر ، طبعة السعادة.

8 - العسقلاني بن حجر (ت 852 هـ) ، فتح الباري شرح صحيح البخاري , القاهرة ، مطبعة مصطفى الحلبي 378هـ وكذلك طبعة المطبعية السلفية .

9 - محي الدين بن زكريا بن يحي بن شرف النووي , شرح النووي على صحيح مسلم (ت 676 هـ) القاهرة , مطبعة حجازي .

10 - الشوكاني (ت 1250 هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، الطبعة الثانية المنيرية , بيروت , لبنان , طبعة دار الجيل 1344 هـ .

11 - بليق عز الدين ، مفتاح الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين ، الطبعة الأولى , بيروت , لبنان , دار النشر ببيروت .

12 - إبن هشام ، السيرة النبوية , بيروت , لبنان , دار إحياء التراث العربي .

13 - الإمام الغزالي محمد ، فقه السيرة ،الجزائر , دار مكتبة رحاب الجزائر .

14 - تقى الدين أبي الفتح الشهير بإبن دقيق العيد (ت 702 هـ) , أحكام الأحكام عمدة الأحكام , بيروت , لبنان , دار الكتب العلمية .

15 - االشافعي محمد بن أدريس، إختلاف الحديث ،مصر , مكتبة الكليات الأزهرية .

16- شمس الدين أبي عبد ا بن القيم الجوزية، زاد المعاد ،بيروت , لبنان , دار ابن حزم , 1999

17- مسند الإمام أحمد، ابن حنبل احمد، مصر، دار المعارف ، 1980م

18- بليق عز الدين، منهاج الصالحين ،بيروت , لبنان , دار الفتح للطباعة والنشر ، 1987.

ثالثا : كتب أصول الفقه ومقاصد الشريعة :

1– الزنجاني محمود بن أحمد (ت 656 هـ) تخريج الفروع على الأصول ، تحقيق الدكتور محمد أديب صالح , سوريا , طبعة دمشق .

2 - الشافعي محمد بن إدريس (ت 204 هـ) الرسالة ، الطبعة الثانية دار التراث القاهرة ,1399 هـ

3 - الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي (ت 790 هـ) الموافقات ، مصر , طبعة صبيح .

4 - ابن عاشور محمد الطاهر (ت 1393 هـ) مقاصد الشريعة الإسلامية ، تونس , الشركة التونسية للتوزيع

5 -البوطي محمد سعيد رمضان ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية الطبعة الثانية بيروت , لبنان , مؤسسة الرسالة 1396 هـ .

6 - الدكتور المحمصاني صبحي ، فلسفة التشريع في الإسلام ، الطبعة الرابعة , بيروت – لبنان دار العلم للملايين 1975 .

7- تقي الدين أحمد إبن تيمية (ت 728 هـ) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية , الجزائر , طبع مؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية الجزائر 1990 .

8 - الماوردي علي بن محمد حبيب البصري (ت 4502هـ) الأحكام السلطانية والولاية الدينية , الجزائر , ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1983 .

9 -شمس الدين ابي عبد ا محمد بن آبي بكر ابن قيم الجوزية (ت 755) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ،بيروت , لبنان , دار الكتب العلمية , طبعة 1372 هـ .

10 - الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي، الإعتصام ، ، بيروت، لبنان , ر المعرفة ط 1405هـ .

11 -ابن حزم علي بن أحمد (ت 456 هـ)، الأحكام في أصول الأحكام ، ، بيروت، لبنان , مطبعة المنبرية.

12- ابن عابدين محمد امين، رد المحتار على الدر المختار ، شركة صحافية عثمانية، 1825 هـ.

13 - التعريفات الجرجاني , مصر , شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده .

14 -شمس الدين أبي عبد ا بن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين مطبعة السعادة، بتعليق الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد.

رابعا : الفقه الإسلامي :

1 - رواية سحنون عن عبد الرحمان بن القاسم عن الإمام مالك، المدونة الكبرى ، الطبعة الأولى، مصر , مطبعة السعادة .

2 - الزرويلي علي بن عبد الحق الشهير بالصغير (ت 719 هـ) تقييد أو الحسن على المدونة ، الجزائر , مخطوط بدار الكتب الوطنية تحت رقم 12099 .

3 - ابن رشد محمد بن أحمد (ت 595 هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،الطبعة السادسة ،بيروت , لبنان , دار المعرفة ببيروت , سنة 1983 .

4 - المؤلف زروق أحمد (ت 899 هـ) شرح زروق على متن الرسالة ، طبعة الأولى مصورة دار الفكر 1402 هـ
5 - القرافي أحمد بن إدريس (ت 684 هـ) الفروق ، الطبعة الأولى , القاهرة , طبعة دار إحياء الكتب العربية 1346 هـ
6 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته , بيروت , لبنان , دار الفكر ج 6 لسنة 1991
7 - ابن حزم علي بن أحمد (ت 456 هـ) ، المحلى ، الطبعة الأولى , مصر , المكتب التجاري للنشر والتوزيع المطبعة الميرية , سنة 1352.
8 - ابن تيمية تقي الدين، الفتاوي الكبرى ، المملكة العربية السعودية.
9 - أبو محمد يوسف بن عبد الرحمان ابن الجوزي، الإيضاح في القوانين الإصطلاح في الجدل الأصولي الفقهي ، مكتبة العابيكان، الرياض، من تحقيق فهد بن محمد السدحان ، 1991م
10 - أبو عبد ا محمد بن محمد بن عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر أبي ضياء سيدي خليل ، الطبعة الأولى، مصر , مطبعة السعادة 1828م.
11 - يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين ، الرياض ، مكتبة الرشد، 1414هـ.
12 - الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، بيروت، لبنان , دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
13 - الصاوي أحمد بن محمد، حاشية الصاوي عن الشرح الصغير لدردير ، دار المعارف مصر.

خامسا : في التشريع الجنائي الإسلامي :

1 - أبو زهرة ج 02 ، الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي ، بيروت , لبنان , دار الفكر العربي
2 - عودة عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ، بيروت , لبنان , ج 01 دار إحياء التراث العربي 1985 .
3 – منصور علي ، نظام التشريع والعقاب في الإسلام مقارنة بالقوانين الوضعية المستشار ، الطبعة الأولى , المدينة المنورة , السعودية , مطبعة الزهراء للإيمان والخير 1396 هـ 1976م

سادسا : الحوليات والمجلات :

1 - مجلة الأزهر أعداد سنة 1988
2 - الموافقات، مجلة تصدر عن معهد الشريعة الإسلامية، الجزائر , العدد 4 لسنة 1995 والعدد 5 لسنة 1996
3 - مجلة موسوعة الفكر القانوني العدد 01 و02 تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر.

سابعا:المراجع المعتمدة في القانون الجنائي والسياسة الجنائية :

1 - الدكتور الجندي عبد المالك الموسوعة الجنائية ج 05 بيروت , لبنان , دار المؤلفات القانونية طبعة 1942
2 - الدكتور على القربوجي عبد القادر علم الإجرام والعقاب بيروت , لبنان , دار الجامعية 1985
3 - السيد ياسين، السياسة الجنائية المعاصرة , الطبعة الأولى , دار الفكر العربي 1973

4 - الدكتور الدوري عدنان أسباب الجريمة وطبيعة السلوك الإجرامي، الطبعة الثالثة , منشورات ذات السلاسل
5 – الدكتور محمد مأمون سلامة قانون العقوبات القسم العام , الطبعة الرابعة , بيروت, لبنان , دارالفكر العربي .
6– الدكتور عبد ا سليمان شرح قانون العقوبات الجزائري , القسم العام , الجزء الثاني, الجزاء الجنائي , الجزائر, ديوان المطبوعات الجامعية,طبعة 1998.

ثامنا و أخيرا:مراجع أخرى :

1 - إبن منظور لسان العرب ، بيروت ، لبنان ج 01 دار صادر .
2 - بطرس البستاني القاموس المحيط , لبنان , ج 02 دار مكتبة لبنان .
3 - الشيخ البستاني عبد ا معجم البستان , بيروت , الطبعة الأمريكية .
4 - أبي منصر محمد بن أحمد الأزهري معجم تهذيب, لبنان ,اللغة ج 01 مكتبة لبنان.
5 –قانون العقوبات الجزائري رقم 66-156 الصادر في 8 جوان 1966 المعدل و المتمم.

∞ فهرسة المواضيع ∞